

THÈSE DE
NANCY.

48

N^o.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY

DES

CONSTRUCTIONS

ÉLEVÉES

SUR LE TERRAIN D'AUTRUI

Etude de Droit Romain, de Droit Civil Français
et principalement de Droit Fiscal

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

Louis CARVALLO

NANCY

IMPRIMERIE A. NICOLLE, 25, RUE DE LA PÉPINIÈRE

1894

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADEMIE DE NANCY

DES

CONSTRUCTIONS

ÉLEVÉES

SUR LE TERRAIN D'AUTRUI

Etude de Droit Romain, de Droit Civil Français
et principalement de Droit Fiscal

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

Louis CARVALLO

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Jeudi 8 Février 1894, à 4 heures de l'après-midi

Président : M. BINET, professeur.

Suffragants : { MM. GARNIER, }
 { MAY, } professeurs.
 { GAVET, }

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY

IMPRIMERIE A. NICOLLE, 25, RUE DE LA PÉPINIÈRE

1894

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. LEDERLIN *, I O.

Doyen honoraire : M. JALABERT *, I O

MM. LEDERLIN *, I O, Professeur de Droit romain, chargé du cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

LOMBARD (Ad.), *, I O, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit international public.

LIÉGEOIS, I O, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours de Législation industrielle.

BLONDEL, I O, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel (Doctorat).

BINET, I O, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I O, Professeur de Code civil.

GARNIER, I O, Professeur d'Economie politique, et Chargé du cours de Législation financière.

MAY, I O, Professeur de Droit romain, et Chargé du cours de Pandectes.

GARDEIL, I O, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, I O, Professeur de Procédure civile, et Chargé du cours de Procédure civile (Voies d'exécution).

BOURCART, A O, Professeur de Droit constitutionnel et administratif.

GAVET, A O, Professeur d'Histoire du Droit.

CHRÉTIEN, A O, Professeur-adjoint, Chargé du cours de Droit international privé et du cours de Législation commerciale comparée.

LACHASSE, I O, Docteur en droit, Secrétaire.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE.

AUX MIENS.

A MES AMIS.

PREMIÈRE PARTIE



DROIT ROMAIN

Mais ni l'une ni l'autre de ces solutions n'a été admise par les Romains, et à bon droit assurément.

En attribuant au constructeur la propriété du terrain sur lequel repose l'édifice qu'il a élevé, on eût violé ce principe que la propriété est chose sacrée et que nul ne peut en être dépouillé que pour des motifs graves, touchant à l'intérêt général de la société.

D'autre part, la co-propriété entre le constructeur et le propriétaire du sol eût été une source de chicanes et de procès nuisibles à l'intérêt public ; il aurait toujours fallu partager la chose indivise ; il valait donc mieux résoudre de suite une difficulté qu'on n'aurait fait que reculer.

Aussi les Romains ont-ils repoussé l'une et l'autre des décisions que nous venons d'exposer ; ils en ont admis une troisième, l'attribution de la propriété de l'édifice au maître du sol.

Cette solution n'est qu'une application de la règle : *Accessio cedit principali*. Le principal ici, c'est assurément le fonds de terre, la maison est l'accessoire. Si en effet on conçoit un sol nu, un édifice ne peut au contraire exister sans la terre qui le supporte. La construction devait donc suivre le sort du terrain sur lequel elle est assise et aller au propriétaire de ce terrain. Le *dominus soli* devient par voie d'accession propriétaire de l'édifice. Tel est le principe qui domine toute la matière et que les Romains ont formulé dans la maxime : *Omne quod solo inædificatur, solo cedit* (L. 7, § 10 D., de acq. rer. dom., XLI, 1.)

Ici une question se pose : l'accession est-elle une manière d'acquérir la propriété ?

Ulpien compte six modes d'acquérir à titre particulier, savoir : la mancipation, l'in jure cessio, la tradition, l'usucapion, l'adjudication et la loi (Reg. XIX, § 2). Si à ces six modes nous ajoutons l'occupation qu'Ulpien fait cer-

tainement rentrer dans l'acquisition *lège*, nous aurons une énumération complète ; or nous n'y voyons pas figurer l'accession. La conclusion qui se dégage tout naturellement est que l'interprète ne peut ranger l'accession parmi les modes d'acquérir reconnus par le droit romain.

Certains romanistes l'ont cependant admis, malgré le silence des textes. Selon eux, l'accession est un mode spécial d'acquérir qui se rattacherait, comme l'occupation et la tradition, au droit des gens. Mais on a démontré sans peine l'inexactitude de cette doctrine, et on a établi que toutes les hypothèses qu'on range d'ordinaire sous le nom générique d'accession se rattachent soit à l'occupation, soit à la *lex*, comme les constructions sur le terrain d'autrui.

D'ailleurs l'accession n'est pas, en raison pure, une manière d'acquérir la propriété. Par le fait de l'incorporation, deux choses jusqu'alors distinctes ont été unies d'une façon plus ou moins intime ; désormais il n'y en a plus qu'une seule qui a pour ainsi dire absorbé l'autre. La chose accessoire a cessé juridiquement d'exister. Quant à la chose principale, elle a acquis une plus-value qui, nécessairement, appartient à son maître, comme conséquence de son droit de propriété sur elle. En réalité, il y a donc eu extinction et non pas transmission de la propriété de la chose accessoire.

Une fausse interprétation du mot *accessio* a sans doute donné naissance à l'erreur juridique que nous avons signalée plus haut. *Accessio* signifie tout simplement chose accessoire, ainsi que le prouve la maxime romaine : *Accessio cedit principali*.

Analysons maintenant le principe : *Omne quod inædificatur, solo cedit* ; examinons son étendue, sa portée.

Et d'abord la maxime s'appliquera, quelle que soit la provenance des matériaux employés dans la construc-

tion ; il importera peu que le constructeur ait élevé la maison avec ses propres matériaux ou avec ceux d'autrui, qu'il se soit servi des matériaux d'autrui de bonne ou mauvaise foi. Dans tous les cas, l'édifice appartient au propriétaire du sol.

Les textes, il est vrai, ne visent expressément que le constructeur qui a employé ses propres matériaux dans le bâtiment qu'il a créé ; mais il est certain qu'ils n'ont statué que *de eo quod plerumque fit*. La solution qu'ils donnent doit à coup sûr être aussi donnée lorsque le constructeur a employé des matériaux appartenant à autrui, car il est incontestable que le propriétaire de ces matériaux ne pourra plus les revendiquer et qu'il n'aura même pas le droit d'exercer l'action *ad exhibendum* pour forcer le maître du sol à démolir et aboutir ainsi à une restitution en nature. La disposition de la loi des XII Tables qui prohibe *ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur* (L. 7, § 10 D., XLI, 1) est en effet conçue dans des termes absolus ; peu importe dès lors la question de savoir qui est propriétaire des matériaux employés dans la construction et s'ils ont été employés par le maître du sol ou par un constructeur non-propriétaire.

Mais le propriétaire des matériaux ne peut-il pas agir en revendication ou *ad exhibendum* ?

Si l'on s'en tient à la loi 7, § 10 *de acq. rer. dom.* et au § 29 l. II t. 1 des Institutes de Justinien, il faut répondre négativement. En effet Gaius et après lui Justinien, qui ne fait guère que le reproduire, refusent au propriétaire des matériaux la *rei vindicatio* et l'action *ad exhibendum*, mais lui donnent en revanche une action spéciale appelée *de tigno juncto*, par laquelle il obtient le double de la valeur de ses matériaux. Cette affirmation est néanmoins trop absolue. Il est inexact de prétendre que le pro-

priétaire des matériaux ne peut jamais recourir aux actions en revendication et *ad exhibendum*. Les textes précités doivent être complétés parla L. 1, § 2 D. *de tig. junct.* XLII, 3, la L. 23, § 6 *de rei vind.*, VI, I, la L. 98, § 8 *in-fine, de sol.*, XLVI, 3, desquelles il résulte qu'il faut distinguer si les matériaux ont été ou non volés.

En cas de vol, il faut admettre que le propriétaire des matériaux peut agir en revendication ou *ad exhibendum* contre le voleur, c'est-à-dire contre le constructeur qui a été de mauvaise foi. Peu importe d'ailleurs que celui-ci possède ou non, car on le considère comme ayant perdu la possession par dol.

Le propriétaire qui a été dépouillé de ses matériaux a donc l'action en revendication et l'action *ad exhibendum* à l'encontre du possesseur de mauvaise foi. Il a en outre l'action *de tigno juncto*, et les actions ordinaires en cas de vol, l'action *furti* et la *condictio furtiva*.

Le constructeur qui a dérobé les matériaux peut donc être attaqué par l'une ou l'autre de ces cinq actions. Mais le principe du cumul des actions s'oppose à ce que le propriétaire qui en est investi les exerce conjointement. Ulpien le formule ainsi : Le cumul des actions doit être rejeté, dit-il, si ces actions ne tendent qu'à satisfaire le même intérêt ; il doit être admis si elles répondent à des intérêts différents (L. 43, § 1 *De reg. jur.* — Accarias, Précis de droit romain, t. II, § 856). En d'autres termes, la communauté d'objet ou de but entre plusieurs actions s'oppose à ce qu'on les intente conjointement ou même successivement.

Examinons les cinq actions qui nous occupent. Nous savons que l'action *ad exhibendum* se confond avec l'action en revendication à laquelle elle sert de préliminaire. De même, la *rei vindicatio*, l'action *ad exhibendum* et la *condictio furtiva* se cumulent avec l'action *furti*,

puisque celle-ci est purement pénale. En ce qui concerne le concours de la *condictio furtiva* avec la *rei vindictio*, le propriétaire qui a été indemnisé au moyen de la première a encore la faculté de revendiquer ses matériaux, mais à la condition de restituer au préalable la somme que lui a procurée la *condictio*.

Quant à l'action *de tigno juncto*, on discute la question de savoir si elle est purement pénale, mixte ou *rei persecutoria*. Si l'on admet qu'elle est mixte, elle exclut l'exercice de la revendication ou de toute autre action pénale.

Supposons maintenant que le constructeur est de bonne foi ; il ignorait que les matériaux employés par lui eussent été volés. Les actions en revendication et *ad exhibendum* sont refusées contre lui ; il n'est tenu que de l'action *de tigno juncto*. C'est ce qui résulte formellement de la L. 23 § 6 *de rei vind.* D., VI, 1, ainsi conçue : « *Tignum alienum ædibus junctum nec vindicari potest, propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum qui sciens alienum junxit ædibus, sed est actio antiqua de tigno juncto, quæ in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.* »

Enfin, si le constructeur a employé de bonne foi des matériaux non volés, le propriétaire de ceux-ci ne saurait intenter contre lui l'action *de tigno juncto*. Dans ce cas non prévu par les textes, il faut accorder au propriétaire des matériaux une action *in factum*, selon la L. 23, § 5 *de rei vind.* qui s'exprime en ces termes : « *Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.* »

La règle *omne quod solo in ædificatur, solo cedit* recevra encore son application, que le propriétaire sache ou ignore le fait de la construction sur son terrain, qu'il soit capable

ou incapable, présent ou absent; car ce n'est pas par notre volonté, par notre fait, que nous acquérons la maison qui est bâtie sur notre sol; c'est la propriété que nous avons de notre terrain qui nous fait acquérir, par sa seule puissance d'attraction et d'assimilation, celle du bâtiment qui y a été élevé (L. 7, § 12 *de acq. rer. dom.*).

Il en résulte que le propriétaire du sol devient propriétaire des constructions élevées sur son fonds par autrui, bien qu'il se soit opposé à l'exécution des travaux. Sa défense n'a pu faire que le bâtiment ne fût devenu un accessoire du fonds auquel il a été uni.

Nous ajouterons que le maître du terrain sera propriétaire des constructions qui y sont établies, alors même qu'il aurait renoncé au bénéfice de la règle: *omne quod solo inædificatur, solo cedit*, établie en sa faveur; car le droit civil n'admet pas qu'un terrain bâti puisse appartenir à deux personnes différentes dont l'une serait propriétaire du fonds et l'autre des constructions. La propriété du sol implique nécessairement celle des travaux qui en sont devenus l'accessoire.

Il s'ensuit que si, en fait, le propriétaire du sol a renoncé au profit du constructeur au bénéfice de la règle *omne quod inædificatur.....*, cette renonciation étant contraire à la loi devra être considérée comme non avenue.

D'ailleurs il importerait peu que le constructeur ne voulût pas, sous prétexte qu'il a entendu édifier pour son compte, reconnaître sur la maison qu'il a bâtie à ses frais le droit de propriété du maître du sol; celui-ci pourra assurément triompher de cette résistance par les moyens légaux.

Mais le *dominus soli*, à qui appartient la construction élevée sur son terrain par autrui, est-il devenu propriétaire des matériaux employés dans cette construction?

Une telle question peut paraître étrange au premier

abord ; mais, avec un peu de réflexion, on ne tarde pas à concevoir l'édifice comme une *universitas*, un ensemble, et on comprend que l'un puisse être propriétaire du tout et un autre des parties qui composent ce tout.

Or, en principe, le propriétaire du terrain a bien acquis, par le fait de l'union intime des matériaux avec le sol, le *dominium* sur la maison considérée telle quelle, dans son état présent, dans sa forme actuelle, mais il ne l'est pas des matériaux, charpentes, pierres, etc., qui forment cette maison et envisagés comme meubles, *res singulæ*. Citons quelques textes à l'appui de cette doctrine : « *Nec tamen ideo is qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse ; sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de eâ re agere* (Inst. de div. rer. II, 1, § 29). » — « *Et enim cujus insula est, non utique et cæmenta sunt* (L. 7, § 2 de exc. rei jud. XLIV, 2). » — « *Item si quis ex alienis cæmentis in suo solo ædificaverit, domum quidem vindicare potest, cæmenta autem resoluta prior dominus vindicabit* (L. 23, § 7 D. de rei vind. VI, 1). » — Et enfin le deuxième alinéa du § 30 de div. rer. II, 1, des Inst. ainsi conçu : « *Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat in alieno solo ædificare ; et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest.* » Ce dernier texte dispose que le possesseur de mauvaise foi perd la propriété des matériaux qu'il a employés dans la construction, parce qu'il est réputé les avoir volontairement aliénés au profit du maître du sol.

Il en résulte] bien que le constructeur de bonne foi n'étant pas censé avoir aliéné volontairement les matériaux qui forment la maison en est demeuré propriétaire à l'exclusion du *dominus soli*.

Toute autre était, à la vérité, la décision admise dans le

cas où le constructeur avait été de mauvaise foi. Sur le fondement de cette présomption qu'il avait eu l'intention de gratifier le propriétaire du terrain, les anciens jurisconsultes lui refusaient, lorsqu'il possédait encore l'exception de dol pour obtenir le remboursement de ses impenses et, si la maison venait à tomber, ils ne l'admettaient pas à revendiquer les décombres.

Cette doctrine rigoureuse était basée sur une fiction, la fiction de donation au profit du propriétaire du sol ; or cette présomption était certainement contraire à la réalité des faits et même au bon sens. Comment en effet supposer que celui qui possède comme propriétaire un fonds de terre qu'il sait appartenir à autrui et qui entend par conséquent ravir ce fonds à son véritable maître, le *prædo* en un mot, puisse avoir l'intention de faire une donation à celui qu'il dépouille ?

Aussi la fiction « *donasse videtur* » a-t-elle disparu dès le début du III^e siècle.

Nous lisons en effet ce qui suit dans une Constitution de l'empereur Caracalla : « *Materia ad pristinum dominum redit, sive bonâ fide, sive malâ exstructum sit, si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sunt* (L. 2 C. de rei vind., III, 32). »

Ce texte suppose que la construction est venue à périr par cas fortuit ou à être démolie volontairement, et qu'ainsi les matériaux qui ont servi à l'édifier ont repris leur individualité première ; il autorise le constructeur à les revendiquer, sous la condition de prouver qu'il n'a pas agi *animo donandi*.

S'il en est ainsi, c'est qu'évidemment le constructeur de mauvaise foi est resté propriétaire des matériaux envisagés comme *res singulæ*.

En résumé, abstraction faite de l'hypothèse de la donation, ce qui en principe appartient au propriétaire du sol

sur lequel un bâtiment a été édifié par autrui, c'est le bâtiment considéré comme tel, dans son union intime et actuelle avec le sol, mais non les matériaux qui ont été employés à l'établir; ces matériaux restent la propriété du constructeur, lorsqu'il n'est pas présumé en avoir gratifié le maître du terrain; leur incorporation au sol leur a donc simplement fait perdre leur individualité qui leur est restituée au cas de destruction.

Toutefois il faut reconnaître que, si le constructeur n'a pas perdu la propriété de ses matériaux, sa propriété offre un intérêt plutôt théorique que pratique.

En effet, tant que la maison reste debout, la revendication est interdite au constructeur, parce que les matériaux ont cessé d'exister comme tels par suite de leur incorporation dans le sol; leur substance ne s'y est pas seulement altérée; juridiquement elle y a péri; ils ne peuvent donc plus être revendiqués par leur ancien propriétaire: « *res extinctæ vindicari non possunt* » (L. 23, § 5 D. *de rei vind.*).

Cependant, comme le propriétaire du fonds pourrait exhiber les matériaux employés dans l'édifice en les séparant du sol dont ils sont devenus l'accessoire, on devrait au moins donner au constructeur l'action *ad exhibendum* qui lui permettrait de les recouvrer.

Mais la loi des XII Tables lui défend d'exercer même cette action. Elle prohibait toute démolition qui aurait pu nuire à la beauté de la ville: « *ne ruinis urbs deformetur* » (L. II., § 17 D. XLIII, 8). Mais était-ce bien là le vrai motif de la défense? Rome à cette époque n'était guère qu'un amas de cabanes et le désir d'empêcher la ville d'être enlaidie par des ruines n'a dû entrer que pour une bien petite part dans les préoccupations des Décemvirs. Il est plus raisonnable de penser que ces législateurs ont considéré surtout que la démolition transformant les

matériaux en décombres en diminuerait notablement la valeur et qu'en outre elle ferait disparaître celle de la main d'œuvre.

En définitive, le propriétaire des matériaux conserve sa propriété dans tous les cas, malgré la règle : *omne quo inædificatur*.... en vertu de laquelle le maître du sol devient propriétaire de l'édifice qui y est élevé par autrui. Il pourra revendiquer le *tignum* après la démolition, à moins qu'il n'ait déjà été indemnisé.

Nous avons vu que le *dominus soli* devient propriétaire de la construction qui est élevée sur son terrain par autrui, alors même qu'il se serait opposé à l'établissement des ouvrages.

Mais le constructeur peut-il forcer le maître du fond à conserver malgré lui, *invitus*, la maison qu'il a édifiée ?

A cette question il faut répondre négativement et reconnaître en principe au propriétaire du sol le droit d'obliger le constructeur à enlever ses travaux.

On lit en effet ce qui suit dans les Inst. de Justinien, § 30, 3^e al., l., II, t. 1, : « *Certè illud constat, si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei fuerit possessor qui ædificavit.* »

De ce texte il résulte que le constructeur actionné en revendication par le propriétaire du sol sur lequel il a édifié n'aura l'exception de dol pour obtenir le remboursement de ses impenses que si, ayant construit de bonne foi et possédant encore la construction, le maître du fonds revendique son terrain avec la maison sans vouloir indemniser le constructeur (V. L. 14, § 1. Comm. div. X, 3).

Le constructeur n'a donc pas l'exception de dol pour se faire indemniser, lorsque le *dominus soli* « non petat

dōmum suam esse», ne revendique pas comme sienne la maison édiflée sur son terrain. S'il en est ainsi, c'est que le propriétaire du fonds n'est pas obligé de conserver malgré lui des constructions qui ne sont pas à sa convenance ; il a par conséquent la faculté d'obliger le constructeur à enlever ses ouvrages.

Si nous reconnaissons au maître du sol le droit d'exiger la suppression des travaux à l'encontre d'un constructeur de bonne foi, nous le lui accorderons à plus forte raison lorsqu'il est en présence d'un constructeur en général.

2° PARTIE SPÉCIALE

CHAPITRE PREMIER

Des constructions élevées par un co-propriétaire ou un co-associé.

Un même fonds appartient à deux ou plusieurs personnes à la fois ; l'indivision qui existe entre elles a été établie en dehors de tout contrat de société. Elles sont co-propriétaires de ce fonds de terre, soit pour l'avoir recueilli dans une même hérédité, soit parce qu'il leur a été donné ou légué conjointement.

L'un des co-propriétaires fait des dépenses sur le terrain indivis. Si elles sont nécessaires, il pourra se faire rembourser le montant de ses impenses et l'obligation de l'indemniser dont sont tenus ses co-propriétaires sera sanctionnée par l'action *communi dividundo*, si le fonds a été légué comme objet particulier et par l'action *familix erciscundæ*, s'il s'agit d'une hérédité transmise indivisément aux co-propriétaires.

Mais que faudra-il décider si le co-propriétaire a élevé une construction sur le terrain commun ?

Les impenses faites pour l'établissement d'un édifice ne sont certainement pas des impenses nécessaires ; elles constituent des dépenses utiles d'amélioration ; or les Institutes, aux § 3 et 4 du l. III, t. XVII, ne mentionnent

que les dépenses nécessaires comme pouvant être prises en considération par le juge de l'action en partage. D'où on pourrait tirer cette conséquence que le co-propriétaire qui a construit sur le fonds indivis est dépourvu de tout recours contre ses communistes.

Une solution aussi rigoureuse ne semble cependant pas devoir être admise et nous pensons que le co-propriétaire qui a élevé un édifice sur le terrain commun pourra en principe obtenir une indemnité pour ses constructions.

En effet la généralité des textes accorde les actions *communi dividundo* et *familiæ erciscundæ* au co-propriétaire, sans distinguer entre les diverses impenses, par conséquent aussi bien pour les dépenses d'amélioration que pour les dépenses nécessaires (L. 4, § 3 ; L. 6 pr. et § 3 ; LL. 11, 12, 22, *Comm. div.*) ; nous ne devons donc pas distinguer non plus. La loi 4, § 3 notamment est ainsi conçue : « *Si quis impensas fecerit, consequatur.* »

D'ailleurs les Institutes, dans le passage cité plus haut, ont eu pour but, non pas de faire connaître limitativement les dépenses à raison desquelles l'un des co-propriétaires pouvait exercer un recours contre les autres, mais bien d'indiquer par des exemples comment des obligations peuvent naître entre communistes.

Un texte de Paul, (L. 25 § 15 *fam. ercis.*) permet aussi de dire que par dépenses nécessaires, les Institutes entendent les impenses que le co-propriétaire n'a pu limiter à sa propre part ; or il est incontestable que les dépenses utiles rentrent dans cette catégorie aussi bien que les dépenses nécessaires.

On a argumenté contre notre solution d'un texte de Modestin (L. 27, *de neg. gest.* D. III, 5). Mais il est question dans cette loi de deux frères dont l'un a élevé des constructions considérables et de pur agrément sur le fonds commun ; on comprend dès lors que Modestin, consulté, ait

répondu que le constructeur n'avait droit à aucune indemnité : « *eum de quo quæritur actionem non habere.* » Cette décision rendue dans une espèce toute spéciale ne saurait infirmer le principe.

Nous ajouterons que les actions *communi dividundo* et *familiæ erciscundæ* sont des actions *bonæ fidei* à l'occasion desquelles le juge a une grande latitude pour apprécier *ex æquo et bono* s'il y a lieu d'accorder le droit de demander des impenses d'amélioration ; or il est équitable qu'en principe le constructeur soit indemnisé pour ses constructions, car autrement ses co-propriétaires s'enrichiraient à ses dépens.

Nous dirons donc qu'en règle générale le juge de l'action en partage doit prendre en considération les dépenses faites par un co-propriétaire pour élever un édifice sur le fonds commun.

Ce droit de réclamer des impenses d'amélioration que nous venons de reconnaître au communiste *sine societate* dans l'hypothèse du quasi-contrat d'indivision, nous l'accorderons à plus forte raison, au moyen de l'action *pro socio* (L. 67, § 2, D. *pro socio*), lorsque l'indivision résulte d'un contrat de société. La société, en droit romain, implique en effet le *jus fraternitatis* ; c'est un contrat de bonne foi entre tous les contrats de bonne foi.

CHAPITRE II

Des constructions élevées par un propriétaire sous condition résolutoire.

Dans l'ancien droit romain, alors que la propriété d'une chose ne pouvait être affectée d'une condition résolutoire, notre question ne put évidemment pas se poser. Mais du moment où l'on reconnut un effet rétroactif à la condition, où la propriété fut réputée anéantie dans le passé, on put se demander quel serait le sort de la construction élevée sur un terrain par celui qui n'en avait qu'une propriété sous condition.

Titius par exemple a vendu son fonds à *Sempronius* en se réservant la faculté de résoudre le contrat et de se faire restituer son terrain dans un certain délai, en lui rendant de son côté le prix qu'il en a reçu. C'est l'hypothèse du pacte à réméré (L. 2 C. de pact. int. empt., IV, 54).

Sempronius élève un édifice sur le fonds ainsi acheté par lui. Quels droits aura-t-il sur la construction ?

Il est incontestable qu'il a sur elle un droit de même nature que celui qu'il a sur le sol, un droit résoluble sous condition, c'est-à-dire incertain et précaire.

Si la condition s'accomplit, c'est pour autrui qu'il aura construit. Vient-elle à défaillir, c'est au contraire pour lui qu'il aura édifié.

Pendente conditione, il aura sur la construction comme sur le sol un droit de propriété.

La condition une fois accomplie, le fonds rentre de plein droit dans le patrimoine du vendeur. Mais celui-ci

sera-t-il obligé de maintenir sur son terrain les constructions qui y ont été établies par le propriétaire sous condition résolutoire ?

Nous répondrons que, si le vendeur est tenu de restituer à l'acheteur les dépenses nécessaires que celui-ci a faites à l'occasion de la chose (L. 16, *de in diem add.*), il ne saurait en principe être obligé de conserver les constructions ; il lui est loisible d'en exiger l'enlèvement.

En effet, la vente étant résolue, l'acheteur a en réalité construit sur le fonds du vendeur, puisqu'il est réputé n'en avoir jamais été propriétaire ; or, en règle générale, le propriétaire d'un terrain sur lequel un tiers a élevé un édifice] a la faculté de contraindre le constructeur à la démolition de ses ouvrages.

En outre il ne saurait être au pouvoir de l'acheteur d'entraver, par des impenses considérables que le vendeur serait dans l'impossibilité de rembourser, l'exercice du droit de réméré ou de tout autre condition résolutoire.

Enfin l'acheteur est certainement en faute d'avoir construit, alors qu'il n'avait qu'une propriété aussi précaire.

Si au contraire le vendeur désire profiter des constructions élevées par l'acheteur, il a certainement le droit d'en exiger le maintien sur son fonds, puisqu'il en est propriétaire en vertu du principe : *omne quod inædificatur, solo cedit* ; dans ce cas, il est équitable qu'il indemnise l'acheteur jusqu'à concurrence de la plus-value résultant des constructions.

Les solutions que nous venons de donner au sujet de l'acheteur à réméré constructeur, nous paraissent devoir être appliquées en général à tous ceux qui ont édifié sur un terrain dont ils n'avaient qu'une propriété résoluble.

CHAPITRE III

Des constructions élevées par un possesseur de bonne foi.

Qu'est-ce qu'un possesseur de bonne foi ?

La *bona fides* consiste dans une erreur qui porte le possesseur à se croire propriétaire, alors qu'en réalité il ne l'est pas. C'est la croyance erronée à une qualité qui ne lui appartient pas. Mais est-il nécessaire que cette possession, pour être de bonne foi, dérive d'une *justa causa* ? Faut-il qu'elle s'appuie sur un fait juridique tel qu'une vente, une donation, un legs ? Nous ne le pensons pas. A la différence de la bonne foi, la juste cause ne se présume jamais ; on ne saurait donc considérer celle-ci comme un élément de celle-là.

D'ailleurs, quelles sont les conditions exigées pour l'usucapion ? Ce sont, avec le délai légal, le juste titre et la bonne foi. Or il est impossible de prétendre qu'on n'est possesseur de bonne foi que si on peut usucaper. En effet la *bona fides* suffit au début de l'usucapion, au moment où commence la possession, et la survenance postérieure de la mauvaise foi n'empêche pas l'usucapion de s'accomplir : *Mala fides superveniens non nocet*. En sens inverse il y a des possesseurs qui sont certainement de bonne foi alors que l'usucapion leur est interdite. Le juste titre et la bonne foi ne se confondent donc pas.

Supposons que *Titius* a acheté un fonds de terre de *Sempronius* que, par erreur, il croyait propriétaire, alors qu'il ne l'était pas. Son erreur était très-excusable car son vendeur était regardé par tous comme étant le véritable

dominus soli. Il construit sur ce terrain, puis survient le légitime propriétaire qui le revendique dans l'état où il se trouve, avec les bâtiments qui y ont été élevés par le possesseur, et triomphe. Par quelles voies le possesseur de bonne foi pourra-t-il recouvrer les dépenses qu'il a faites pour les constructions ?

Il n'a pas d'action pour se faire indemniser. Aussi, pour répondre à la question, il faut faire une distinction capitale : le constructeur a-t-il encore la possession au moment de la revendication, ou au contraire l'a-t-il perdue ? Il sera traité bien différemment suivant la situation dans laquelle il se trouvera.

Première hypothèse. — Le constructeur de bonne foi possède.

C'est le cas le plus favorable et aussi le plus fréquent, car le possesseur se croit propriétaire et d'ordinaire chacun possède ce qui lui appartient et ne possède que cela. D'ailleurs, il ne lui a guère été possible de bâtir sans posséder. Cette circonstance, jointe à sa bonne foi, lui a fait accorder l'exception de dol. C'est ce qui résulte d'un texte de Gaius : « *Certe si dominus soli petat ædificium, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli : utique si nescit qui ædificavit alienum esse solum, et tanquam in suo bona fide ædificavit* » (L. 7, § 12 *de adq. rer. dom.* D. XLI, 1).

Si donc le véritable propriétaire, en revendiquant son terrain avec la maison qui y a été élevée, agit sans vouloir indemniser le constructeur, celui-ci le repoussera à l'aide d'une exception de dol insérée dans la formule.

En effet, si le maître du sol est devenu, en vertu du principe *omne quod solo inædificatur, solo cedit*, propriétaire des édifices établis sur son terrain, il y aurait certainement dol de sa part à reprendre son terrain cou-

vert de constructions, sans payer la valeur des ouvrages, car nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 206, *de reg. jur.* D. L. 17).

Les effets de cette exception de dol sont énoncés dans la loi 38, *de rei vind.*, D. VI, 1. Ce texte, qui appartient au jurisconsulte Celsus, prouve que le juge jouit ici d'un très large pouvoir d'appréciation. Il doit se laisser guider par des considérations d'équité, examiner en fait les circonstances de chaque affaire, tenir compte de la situation personnelle de chacune des parties, surtout de celle du demandeur. « *Bonus iudex*, lit-on dans le premier paragraphe, *varie personis causisque constituet.* »

Les décisions du juge seront donc différentes et varieront suivant la position des personnes et les circonstances de la cause.

Cela posé, trois cas principaux peuvent se présenter.

Première hypothèse. — Le propriétaire du terrain est un homme que le paiement des dépenses faites par le constructeur ne gênera pas. D'autre part, il s'agit d'un terrain qui était destiné à être surbâti et il est vraisemblable que le maître du sol eût fait lui-même ces impenses s'il avait conservé son fonds. Il sera obligé de payer une indemnité au constructeur, sinon il sera repoussé et ne rentrera pas en possession de son fonds. Mais quelle somme devra-t-il rembourser au constructeur ?

La loi 38, § 2, répond à la question en ces termes : « *Finge et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, et fundum recipiat, usque eo duntaxat quo pretiosior factus est; et si, plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est.* »

Le propriétaire peut donc payer, à son choix, soit la totalité des impenses, soit la plus-value que les constructions ont procurée à son terrain.

Cette décision est assurément juste. En effet tout ce

que l'équité exige, c'est que le maître du sol ne s'enrichisse pas aux [dépens du constructeur ; or il satisfait à cette loi dans les deux cas, car, en remboursant au constructeur les impenses inférieures à la plus-value, il s'enrichit sans l'appauvrir, et en lui payant l'augmentation de valeur inférieure à la dépense, il l'appauvrit, mais sans s'enrichir.

Ce texte du Digeste pose la vraie doctrine. Il corrige la solution un peu trop absolue des Inst., au § 30 *de div. rer.* Justinien, se plaçant sans doute dans l'hypothèse la moins fréquente : celle d'une dépense inférieure à la plus-value, décide en effet que le propriétaire est toujours tenu, pour triompher de l'exception de dol du possesseur et recouvrer son immeuble, de rembourser à ce dernier le prix des matériaux et de la main-d'œuvre : « *pretium materiæ et mercedes fabrorum.* »

Si le *dominus soli* indemnise le constructeur, il pourra rentrer en possession de son fonds, sinon le constructeur continuera à le posséder et, selon nous, sera à l'avenir le véritable propriétaire de la maison qu'il a élevée.

C'est ce qui semble résulter de la question adressée au juge et de ses pouvoirs déterminés par la formule.

En effet, lorsqu'une exception a été insérée dans la formule, le juge doit condamner le défendeur si l'*intentio* est exacte et que l'exception ne le soit pas ; mais, en sens inverse, si l'exception est fondée, il devra absoudre le défendeur, nonobstant la justesse de l'*intentio*.

Or nous avons supposé que l'exception proposée par le défendeur, à savoir qu'il y aurait dol de la part du revendiquant à devenir propriétaire d'un édifice sans en indemniser le constructeur, était pleinement justifiée. Le défendeur devra donc être absous et, si le propriétaire du sol venait à le poursuivre encore par voie d'action réelle, il repousserait cette nouvelle demande par l'exception *rei*

judicatae. Protégé par cette exception, le constructeur se trouvera en définitive, même à l'égard du *dominus soli*, dans une situation analogue à celle qu'il aurait s'il était propriétaire de l'édifice.

Deuxième hypothèse. — Le propriétaire du sol est un homme pauvre, dans l'impossibilité de rembourser au constructeur la moindre partie de ses impenses.

Il serait assurément contraire à l'équité que ce propriétaire ne pût rentrer en possession de son terrain. Il n'a commis aucune faute, car il est demeuré étranger à la construction élevée sur son sol. D'autre part, il attache un grand prix d'affection à ce fonds ; c'est, par exemple, un terrain qui renferme le tombeau de ses ancêtres.

Aussi, dans ce cas, tout ce qu'on accorde au possesseur, c'est de l'autoriser à enlever ses constructions, à la condition qu'il n'en résulte aucune dégradation pour le fonds. Encore cette faculté devrait-elle lui être refusée, s'il lui était impossible de rétablir les choses dans leur état primitif. C'est ce qui arriverait par exemple si, un bâtiment existant déjà sur le fonds, le constructeur l'a réparé, embelli ou en a élevé un autre plus spacieux. Le possesseur ne pouvant rétablir la première maison, on lui interdira d'enlever la seconde.

Le possesseur éprouvera à la vérité un préjudice peut-être considérable, mais il ne doit s'en prendre qu'à lui-même et il serait certainement injuste de dépouiller le propriétaire du sol parce que le possesseur a jugé convenable d'y bâtir une maison.

Dans le cas où le *dominus soli*, sans pouvoir rembourser le montant de la plus-value ajoutée à son fonds, est cependant dans une situation qui lui permet de payer un prix égal à celui que le constructeur retirerait de la vente des matériaux, s'il offre ce prix, le possesseur n'aura pas le droit d'enlever ses ouvrages.

La faculté de détruire existerait encore moins au profit de celui qui a amélioré le fonds, si la destruction n'est d'aucune utilité pour lui, ne doit lui procurer aucun avantage. Ainsi il ne pourrait pas détruire des peintures murales, car ce serait là une pure malice.

« *Finge pauperem qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulcris avitis carendum habeat ; sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis ; dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret ædificatum. Constituimus vero ut si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas ; neque malitiis indulgendum est ; si tectorium puta quod induxeris, picturasque corrodere velis, nihil laturus nisi ut officias. »*

Troisième hypothèse. — Le propriétaire du sol se propose de vendre le terrain construit, dès qu'il sera rentré en possession. Le texte, répudiant ici l'option accordée au *dominus soli* dans la première hypothèse, décide qu'il devra rembourser au constructeur ses impenses jusqu'à concurrence de l'augmentation de valeur vénale qu'elles ont procurée au fonds. C'est là en effet la somme dont il s'enrichit et qu'il recouvrera par la vente de l'immeuble. S'il refuse, le constructeur restera en possession du fonds et sera condamné à payer la valeur du terrain, sous déduction de ce qui aurait dû lui être remboursé pour ses ouvrages. Le propriétaire ne peut se plaindre. Du moment qu'il ne revendique son fonds que pour le convertir en argent, peu importe de qui il en reçoive le prix.

« *Finge eam personam esse domini, quæ receptum fundum mox venditura sit ; nisi reddit quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto, tu condemnandus es. »*

Disons maintenant quelques mots d'une controverse soulevée par Cujas. L'insertion de l'exception de dol dans la formule est-elle nécessaire pour que le constructeur puisse se faire indemniser ?

La réponse affirmative à cette question découle de l'unanimité des textes qui tous exigent l'insertion de l'exception de dol comme une condition essentielle pour se faire rembourser ses impenses d'amélioration, lorsqu'on est actionné par la revendication ; en outre, elle se déduit tout naturellement de la mission du juge. La *rei vindicatio* est en effet une action réelle et arbitraire. La mission du juge dans ces actions est rigoureusement délimitée. La rédaction de la formule est celle-ci : « *Si paret eum fundum Auli Agerii esse, judex, condemna ; si non paret, absolve.* » D'après ces termes, le juge est purement et simplement chargé de vérifier si le fonds litigieux est bien la propriété du demandeur et, cette preuve une fois faite, il doit nécessairement condamner le défendeur.

Le juge est tenu avant tout de se conformer à la formule et, celle-ci étant impérative, il ne peut modérer la condamnation au moyen d'une exception, si fondée soit-elle, qui n'y a pas été écrite. En d'autres termes, la formule est ici la mesure exacte des pouvoirs qui sont conférés par le prêteur au *judex*. Or celui-ci n'a qu'une question à examiner, celle de savoir si le demandeur est propriétaire du fonds qu'il revendique. Ce serait excéder ses attributions que de s'enquérir du point de savoir s'il n'y aurait pas eu de dol, que le *dominus soli* indemniserait le constructeur. Pour qu'il puisse examiner une telle question, il faut que ses pouvoirs aient été élargis. Cette extension de pouvoirs résultera de l'exception de dol. Le prêteur dit au *judex* : « Juge, examine en outre s'il n'y a pas eu de dol, « *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* » (Gaius, IV, § 119.).

Cette solution est combattue par Cujas. Prétendant qu'il n'y a pas de différence sur ce point entre la *rei vindictio* et l'*hereditatis petitio*, cet auteur pense que, quand bien même le défendeur aurait omis de demander l'insertion dans la formule de l'exception de dol, le juge aurait néanmoins le pouvoir de tenir compte des dépenses faites par le constructeur comme dans l'*hereditatis petitio*.

Ce système qui repose sur une confusion ne saurait être admis.

Il est bien vrai que, dans la pétition d'hérédité, toutes les fois que, pour une cause quelconque, le possesseur a des retenues à exercer, les jurisconsultes discutèrent s'il avait besoin de se faire donner une exception de dol. Gaius et Papinien tenaient pour l'affirmative qui est conforme aux principes généraux ; mais d'autres, en plus grand nombre, admettaient que, par la nature même de l'action, les pouvoirs généraux conférés au juge par la formule de la *petitio hereditatis* étaient suffisants : « *Nec exceptio doli mali desideratur*, » dit la loi 38, de *her. pet.*, D. V., 3. Cette seconde opinion s'explique par le caractère de la pétition d'hérédité qui est une action *mixta personalis* (L. 7, C., de *pet. her.*).

Une hérédité est un ensemble de choses et de droits, une *universitas juris* ; il y a des comptes multiples à régler entre celui qui revendique une hérédité et le possesseur de cette hérédité. Pour savoir ce que le possesseur doit restituer, il est indispensable d'examiner ce dont il s'est enrichi ; le compte des dépenses utiles qui peuvent être retenues, même par le possesseur de mauvaise foi jusqu'à concurrence du bénéfice que l'héritier en retire (L. 38 de *her. pet.*), entre naturellement dans cette appréciation. Le prêteur ne saurait dès lors fixer à l'avance d'une manière immuable les pouvoirs du juge. Il est né-

cessaire que celui-ci, pour remplir sa mission, ait une certaine latitude qu'il trouve dans l'élasticité même de la formule.

Il n'en est pas ainsi, nous l'avons vu, lorsqu'il s'agit de la revendication d'une chose corporelle, individuellement déterminée. La *rei vindicatio* ne présente au juge qu'une seule question à trancher, celle de savoir si le demandeur est propriétaire ; on ne peut faire examiner et entrer en ligne de compte certains accessoires, tels que la compensation des fruits avec les impenses, indépendamment de l'exception de dol. C'est ce qui résulte formellement, entre autres textes, de la loi 48 *de rei vind.*, D. VI, 1 : « *Sumptus... neque ab eo qui prædium donavit, neque a domino peti possunt ; verum exceptione doli mali opposita, per officium judicis æquitatis ratione servantur.* »

Cujas prétend qu'il faut entendre ce texte comme s'il y avait le mot *vel* après *opposita*. Le sens serait ainsi complètement changé ; le constructeur aurait deux moyens pour se faire rembourser ses impenses : l'exception de dol ou l'*officium judicis*. La singularité d'une telle rectification suffit à la faire repousser. Cette opinion est restée isolée, et c'est avec raison que tous les commentateurs modernes du droit romain la répudient (V. Pellat, *comm. de rei vind.*, D., *ad leg.* 48).

Il ne faudrait pas croire que la condamnation restera invariablement fixée, selon que l'on se trouve dans l'une ou l'autre des hypothèses que nous venons d'examiner.

En effet il arrivera fréquemment que le propriétaire n'aura pas à la payer en totalité, parce que, pour divers motifs, le constructeur sera débiteur envers lui. Il peut être tenu par exemple à raison des détériorations qui proviennent de son fait ; ainsi, tout en bâtissant sur une partie du fonds, il en a dégradé une autre partie.

Mais c'est d'ordinaire à l'occasion des fruits par lui perçus que le constructeur sera constitué débiteur du *dominus soli*.

On sait qu'un des avantages dont jouit le possesseur de bonne foi, c'est de gagner les fruits ; mais il ne bénéficie pas nécessairement de tous ceux qu'il a perçus ; il est tenu de restituer ceux qui existent encore en nature entre ses mains au moment où il est actionné en revendication (Inst., § 35, liv. II, t. 1). En d'autres termes, il ne fait siens que les fruits qu'il a consommés et doit rendre compte des fruits *exstantes*. Or on présume que les fruits perçus par le constructeur de bonne foi ont été employés à élever la maison, partant qu'ils sont encore *exstantes* lorsque le propriétaire vient à revendiquer sa chose. Dès lors, s'il est juste que le maître du sol ne puisse pas conserver l'édifice sans en indemniser le constructeur, l'équité exige aussi que celui-ci rembourse au *dominus soli* le profit qu'il a retiré du fonds, car, s'il ne faisait pas cette restitution, il s'enrichirait aux dépens du propriétaire du terrain. Aussi admet-on la compensation entre les impenses et les fruits perçus avant la *litis contestatio*, et le *dominus soli* n'est tenu que de l'excédent de la somme due pour les constructions sur l'estimation des fruits. Le principe de la compensation est consacré par plusieurs textes, notamment par la loi 48 *de rei vind.*, D. VI, 1 : « *Sumptus in prædium quod alienum esse apparuit, a bona fide possessere facti, exceptione doli opposita, per officium iudicis æquitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant ; etenim, admissa compensatione, superfluum sumptum, meliore prædio facto, dominus restituere cogitur.* »

Deuxième hypothèse. — Le constructeur a perdu la possession.

Dans ce cas, une sous-distinction s'impose : la construction subsiste-t-elle, ou bien a-t-elle été détruite ?

1^o La maison est encore debout. — Il faut examiner comment le constructeur a été dépossédé.

Si la possession lui a été violemment enlevée, il pourra la recouvrer au moyen de l'interdit *unde vi*.

Au contraire, aucune violence n'a été employée ; le constructeur s'est par exemple absenté et un tiers a profité de cette absence pour s'emparer de l'immeuble. Le possesseur aura dans cette hypothèse la faculté de se faire remettre en possession du fonds en usant de l'interdit *uti possidetis*.

L'exercice de ces interdits permettra au possesseur de se faire restituer la chose même par le propriétaire ; par conséquent il se ménagera le rôle de défendeur à la revendication et l'exception *doli mali*. Nous retombons ainsi dans la première hypothèse.

Mais supposons que, ne possédant plus, le constructeur ne remplit pas les conditions exigées pour se faire restituer l'immeuble. Il a par exemple remis la possession du fonds au propriétaire sans avoir réclamé de lui le remboursement de ses impenses au moyen de l'exception de dol. Dans ce cas, nous nous trouvons en présence d'une situation des plus rigoureuses. Aux yeux des Romains, la question d'indemnité est intimement liée à celle de la possession. Perdre celle-ci c'est se voir contraint à renoncer à celle-là. Pour obtenir une indemnité, l'exception de dol ne suffit plus ; une action est nécessaire ; or toute action est refusée ici au constructeur, sous le prétexte qu'entre le propriétaire du sol et lui il n'est intervenu aucun contrat ni fait qu'on puisse assimiler à un contrat (L. 33 *de cond. ind.*, XII, 6. — 14 *de dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4. — L. 48 *de rei vind.*, VI, 1).

Le constructeur ne pourra notamment exercer la *con-*

dictio indebiti, car la loi 38 D. *de cond. ind.* qui prévoit absolument notre cas la lui refuse d'une manière formelle. Ce texte s'exprime en ces termes : « *Si is qui in aliena area ædificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit,* » si celui qui a construit sur le sol d'autrui a restitué la possession du fonds au propriétaire sans se faire indemniser, il n'aura pas la *condictio indebiti*.

En outre, des principes mêmes qui régissent la *condictio indebiti* il résulte que cette action, par laquelle le *tradens* demande à recouvrer sa propriété, ne peut réussir que si ce *tradens* a voulu rendre l'*accipiens* propriétaire ; or, dans notre hypothèse, il n'a pu avoir cette intention, car il n'a fait que remettre ou plutôt que laisser prendre au propriétaire ce qui lui appartient.

Le constructeur de bonne foi qui vient à perdre la possession est donc sans recours contre le *dominus soli*. Cette doctrine est d'autant plus inique qu'à coup sûr il n'a pas voulu faire un sacrifice et qu'on viole ainsi à son encontre, d'une manière flagrante, ce principe d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

Aussi certains interprètes, ne pouvant se résoudre à accepter un tel résultat, ont-ils prétendu que le constructeur, ne pouvant en obtenir une autre, aurait au moins l'action *negotiorum gestorum utilis* pour se faire rembourser ses impenses. Ils invoquent à l'appui de leur manière de voir un texte d'Africain. Ce jurisconsulte, à propos d'une espèce particulière, semble poser en thèse générale que celui-là doit avoir l'action contraire de gestion d'affaires qui a fait en réalité l'affaire d'autrui croyant faire la sienne propre. « *Si rem... negotiorum gestorum actio mihi danda sit: ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses* (L. 49, *de neg. gest.*, D. III, 5). »

Mais était-ce bien là la véritable règle romaine ? Nous ne le pensons pas. Il résulte en effet des textes que l'action *negotiorum gestorum contraria* n'est donnée qu'à celui qui a agi dans l'intention d'obliger un tiers et par conséquent se rendant parfaitement compte qu'il ne faisait pas sa propre affaire, mais bien celle d'autrui (L. 14, *comm. div.*, 3).

Or il est bien certain que le possesseur de bonne foi qui a construit sur un terrain, dans la persuasion que ce terrain lui appartenait, n'a pas voulu faire un acte relatif au patrimoine d'autrui, mais a parfaitement entendu édifier pour lui, dans son intérêt exclusif ; on lui refusera donc l'action *negotiorum gestorum contraria*.

De nombreux textes refusent d'ailleurs implicitement au constructeur de bonne foi l'action contraire de gestion d'affaires, en ne lui accordant que la voie d'exception et de rétention pour se faire indemniser par le propriétaire du sol. Parmi ces textes nous n'en citerons que deux : l'un, extrait de la loi 33 de *cond. ind.*, XII, 6, est ainsi conçu : « *Constat si quis cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse* ; » l'autre, tiré de la loi 44 de *doli in exc.*, s'exprime en ces termes : « *Paulus respondit eum qui in alieno solo ædificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse quam si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.* »

En définitive, la décision d'Africain est restée isolée ; la doctrine générale des jurisconsultes romains est que le constructeur ne jouit pas de l'action contraire de gestion d'affaires.

Seconde hypothèse. — La construction n'existe plus.

Lorsque la maison a péri par cas fortuit, par exemple est tombée de vétusté, ou bien a été démolie volontaire-

ment, la revendication des matériaux est incontestablement ouverte en principe au constructeur de bonne foi (L. 2, C. *de rei vind.* III, 32) pourvu, bien entendu, qu'il n'ait pas encore été indemnisé. En effet il était, ainsi que nous l'avons vu, resté propriétaire des matériaux ; son droit sur eux qui était en quelque sorte endormi par leur incorporation dans le sol se réveille maintenant qu'ils en sont séparés et ont repris leur nature propre.

CHAPITRE IV

Des constructions élevées par un possesseur de mauvaise foi.

Mævius a profité de l'absence de *Sempronius* pour s'emparer de son terrain ; il n'ignore pas qu'il n'a aucun droit sur ce bien, et néanmoins il en use en maître ; il construit sur ce fonds qu'il sait posséder indûment. Quelle sera, vis-à-vis du légitime propriétaire revendiquant son bien, la situation de ce possesseur que les Romains qualifient d'un terme énergique : *prædo* ?

Disons tout d'abord que, pour savoir si le possesseur a été de bonne ou mauvaise foi quant aux constructions qu'il a élevées sur le terrain d'autrui, il faut se placer non pas au moment de son acquisition ou de son entrée en possession, mais à l'époque où il a construit (L. 37, D. *de rei vind.*).

Première hypothèse. — Le constructeur de mauvaise foi possède encore.

Il ne peut rien réclamer pour ses ouvrages. Sachant que le fonds ne lui appartenait pas, qu'à tout instant il pouvait en être dépossédé, il devait s'abstenir de construire. Il n'est pas digne d'intérêt et de faveur. Aussi les Romains le traitent-ils avec une extrême dureté. Ils présument d'une manière absolue qu'il a voulu gratifier le propriétaire du sol sur lequel il a érigé ses bâtiments : « *donasse videtur* ». Une telle présomption est assurément fautive, et aussi contraire à la vérité qu'à l'équité. Comment supposer en effet que celui qui possède comme propriétaire un fonds de terre qu'il sait appartenir à autrui, qui entend

par conséquent ravir ce fonds à son propriétaire, puisse avoir l'intention, quand il construit sur ce fonds, de faire donation des édifices au *dominus soli* ?

Quoiqu'il en soit, la présomption de donation enlève au constructeur de mauvaise foi tout moyen pour obtenir le moindre remboursement, car à la revendication du maître du sol il ne peut opposer l'exception de dol. Le prêteur la lui refuse. Il y a plus : lorsque cette fiction *donasse videtur* était en pleine vigueur, il n'avait ni le droit d'enlever ses ouvrages, ni même celui de revendiquer les matériaux de la construction une fois détruite. En effet, s'il avait aliéné ses matériaux au profit du maître du sol, il est évident qu'il n'en était pas resté propriétaire ; dès lors il n'avait plus qualité pour exercer sur eux la revendication : « *Et si scit alienum solum esse, sua voluntate amississe proprietatem materiæ intelligitur : itaque neque diruto quidem ædificio vindicatio ejus materiæ competit* » (L. 7 § 12, *de adquir. rer. dom.*, D. XLI, 1).

Tel était le sort rigoureux que l'ancien droit romain réservait au constructeur de mauvaise foi. Mais cette situation fut adoucie à partir du III^e siècle, et c'est pour avoir trop exclusivement consulté et copié Gaius que Justinien, dans ses Institutes, reproduit l'ancienne doctrine : « *Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare : et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest* » (Inst. Just., liv. II, t. 1, § 30).

Une constitution de l'empereur Antonin Caracalla admet le possesseur, même de mauvaise foi, à revendiquer les matériaux de la construction une fois démolie, sous la seule condition de prouver qu'en construisant il n'a pas agi *animo donandi* : « *Si vero fuerit dissolutum, materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide, sive mala*

œdificium exstructum sit, si non donandi animo, œdificia alieno solo imposita sint » (L. 2 C. J., *de rei vind.*, III, 32).

Ulpien refuse, il est vrai, l'exception de dol au constructeur de mauvaise foi ; mais il lui permet, tant qu'il possède, d'enlever ses travaux, à la condition que le fonds n'en subisse aucune détérioration : « *Si in aliena area œdificassem, cujus bonæ fidei emptor fui, verum eo tempore œdificavi, quo jam sciebam alienam, videamus an nihil mihi exceptio prosit ; nisi forte quis dicat prodesse de damno sollicito ? Puto autem, huic exceptionem non prodesse : nec enim debuit, jam alienam certus, œdificium ponere. Sed hoc ei concedendum est ut sine dispendio domini areæ tollat œdificium quod posuit* » (L. 37, *de rei vind.*, D. VI, 1).

L'empereur Gordien va plus loin encore. Il accorde la répétition des impenses nécessaires ; s'il s'agit de dépenses utiles, le possesseur qui les a faites a le droit de les enlever, en remettant les choses dans l'état où elles étaient avant l'exécution des travaux ; « *Malæ fidei possessores... non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habent repetitionem nisi necessarios sumptus fecerint ; sin autem utiles, licentia eis permittitur sine læsione prioris status rei eos auferre* » (L. 5, C. J., *de rei vind.*, III, 32).

Enfin le jurisconsulte Paul accorde au possesseur de mauvaise foi le droit de réclamer au propriétaire le remboursement de ses impenses même utiles, lorsqu'il est actionné par la pétition d'hérédité : « *Plane in cæteris necessariis, et utilibus impensis posse separari : ut bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent ; prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est in hujus quoque persona haberi rationem impensarum ; non debet enim*

petitor ex aliena jactura lucrum facere » (L. 38, de *her. pet.*, D., V. 3).

L'unique différence qui, d'après le même texte, existait entre les deux espèces de possesseurs, consiste en ce que le possesseur de bonne foi peut réclamer ses impenses, alors même que la chose améliorée n'existe plus, tandis que le possesseur de mauvaise foi n'est en droit d'exiger que la plus-value, ce qui exclut toute indemnité au cas où la chose sur laquelle les dépenses ont été faites a péri : « *Plane potest in eo differentia esse, ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet, in quam fecit, ... prædo autem, non aliter quam si res melior sit.* »

Paul ajoute que cette imputation d'impenses rentrera dans les pouvoirs du juge et qu'il n'est pas besoin, pour obtenir cette déduction, d'insérer l'exception de dol dans la formule : « *Et idipsum officio judicis continebitur : nec exceptio doli mali desideratur.* »

De ce texte on pourrait induire que, dès l'époque classique et sauf peut-être la nuance que nous venons de relever, toute distinction entre les possesseurs de bonne et de mauvaise foi avait disparu.

Telle est en effet l'opinion de Cujas aux yeux de qui ces décisions sont le dernier mot du droit classique. Cet auteur, s'appuyant sur elles, pense que, le propriétaire ne pouvant sans iniquité s'enrichir aux dépens d'un possesseur même de mauvaise foi, celui-ci peut lui opposer l'exception *doli mali* pour obtenir le remboursement de ses impenses utiles jusqu'à concurrence de la plus-value.

On peut faire remarquer, à l'encontre de ce système, que les décisions d'Ulpien et de Gordien, postérieures à celles de Paul, ne s'accordent guère avec elles. En outre la loi précitée a été écrite à propos de l'*hereditatis petitio*, action qui finit par être rangée dans les actions de bonne

foi (L. 12 § 3, *de pet. her.*, C. III, 31) et où par suite le juge jouissait des plus larges attributions, indépendamment de l'insertion de l'exception de dol. Enfin il nous paraît incontestable que tous les textes refusent au constructeur de mauvaise foi l'exception de dol pour se faire indemniser de ses impenses. La décision de Paul est donc une décision isolée, une singularité particulière à la pétition d'hérédité.

Mais le constructeur de mauvaise foi, qui n'a aucun moyen pour se faire rembourser ses dépenses, est obligé envers le *dominus soli* à la restitution intégrale des fruits. Or le propriétaire est réputé avoir touché le prix de ces fruits, jusqu'à due concurrence, par l'emploi qui en a été fait à l'amélioration de son fonds ; il se les ferait donc payer deux fois si de la somme à laquelle se monte la totalité des fruits perçus par le possesseur durant sa jouissance, il ne déduisait pas l'estimation de ceux qui ont servi à bâtir la maison.

Deuxième hypothèse. — Le constructeur de mauvaise foi a perdu la possession.

S'il ne remplit pas les conditions exigées pour l'exercice de l'interdit *unde vi* ou de l'interdit *uti possidetis*, il est évident que toute action lui sera refusée, soit pour se faire remettre en possession du terrain sur lequel il a construit, soit pour réclamer une indemnité.

CHAPITRE V

Des constructions élevées par un usufruitier

L'usufruitier a le droit d'user et de jouir de la chose soumise à son usufruit, à charge d'en respecter la substance, c'est-à-dire la forme caractéristique, la manière d'être.

Lorsque son droit porte sur un fonds de terre, il peut faire tous les embellissements et améliorations qui n'ont pas pour effet de changer la nature de sa jouissance. S'il bâtit une maison, si par exemple il élève une construction nécessaire à la levée des récoltes du fonds soumis à l'usufruit (LL. 13, § 6 et 73 *de usufr. et quemad.*, D. VII, 1), il aura sur l'édifice un droit de même nature que celui qu'il a sur le sol ; il en est usufruitier. Quant à la nue-propriété, elle appartient au nu-propriétaire du terrain. C'est là une double conséquence du principe : « *Omne quod solo inædificatur...* » L'usufruitier pourra donc exercer, à l'occasion de ses ouvrages, les mêmes droits que ceux qui lui compétent sur le fonds. Ainsi, troublé dans sa jouissance, il aura la faculté d'intenter les interdits quasi-possessoires. Il a l'exercice de l'action *in rem* qui porte spécialement le nom d'action *confessoire*. Enfin il peut hypothéquer l'édifice ; mais il ne saurait transmettre des droits plus étendus que ceux dont il jouit lui-même ; l'hypothèque s'éteindra donc quand l'usufruit prendra fin.

Lorsque sa jouissance cessera, l'usufruitier sera-t-il recevable à réclamer au nu-propriétaire une indemnité pour ses constructions ?

Il n'aura pas d'action contre le nu-propriétaire, car celui-ci n'est tenu envers lui d'aucune obligation.

Mais ne pourra-t-il pas, à défaut d'action et s'il continue à posséder après la cessation de sa jouissance, opposer l'exception de dol qui lui permettra d'obtenir, par voie de rétention, le paiement de la plus-value résultant de ses constructions ?

Il faut en principe répondre négativement. L'usufruitier ayant élevé un édifice sur un terrain qu'il savait pertinemment appartenir à autrui est réputé avoir voulu gratifier le propriétaire de ses constructions. D'ailleurs, il ne saurait se plaindre, s'il éprouve un préjudice ; il s'est exposé à cette perte par sa faute ; il n'avait qu'à s'abstenir de construire.

L'usufruitier, qui ne peut réclamer aucune indemnité au nu-propriétaire pour ses constructions, n'a même pas le droit d'enlever les améliorations qu'il a faites. Tout ce qu'on lui accorde, c'est la faculté de revendiquer les matériaux de la construction une fois démolie. Telle est la solution qui résulte de la L. 15 pr. *de usufr. et quemad.*, D., VII, 1 : « *Sed si quid inædificaverit, postea eum neque tollere hoc, neque refigere posse ; refixa plane posse vindicare.* »

On pourrait peut-être admettre que, dans certains cas exceptionnels, lorsque l'usufruitier est digne d'intérêt et de faveur, par exemple quand il a acquis son droit en vertu d'un testament ou lorsqu'il s'agit de constructions créées pour l'exploitation et la culture du fonds, il aura cependant la faculté d'opposer l'exception de dol à la revendication du nu-propriétaire et pourra par ce moyen se faire indemniser.

Cette exception se concevrait parfaitement en présence de la loi 38 *de rei vind.* qui accorde au juge le droit de donner des décisions diverses selon les circonstances de la cause, de répondre *varie ex personis causisque*, conformément aux règles de l'équité.

CHAPITRE VI

Des constructions élevées par un locataire, un emphytéote et un superficiaire.

Bail ordinaire. — Le *conductor* qui a construit sur le fonds loué a sur ses constructions un droit de même nature que celui qu'il a sur le terrain lui-même, c'est-à-dire un simple droit de jouissance. En outre, le bailleur doit lui rembourser ses dépenses utiles et nécessaires, mais non celles de pur agrément. Les constructions rentrent d'ordinaire dans l'une des deux premières catégories.

A la fin du bail, le *locator* reprend son fonds avec l'édifice qui lui appartient en vertu du principe *quod solo inædificatur, solo cedit* ; mais au moyen de l'action *conducti* qui est de bonne foi, de même que l'action *locati* (Inst. l. IV, t. VI, § 28), le constructeur obligera le maître du sol à lui rembourser ses impenses, à moins que les améliorations qu'il a réalisées ne lui aient été imposées par le contrat.

C'est ce qui résulte d'un texte formel qui s'exprime en ces termes: « *In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit, vel ædificaverit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quæ impendit, ex conducto cum domino fundi, experiri potest* » (L. 55, § 1, *loc. cond.*, D. XIX, 2).

Le locataire a encore la faculté d'enlever les édifices qu'il a créés, à la condition de rétablir le sol dans l'état où il était avant la construction. Il emploiera ce moyen lorsque les constructions constituent des impenses voluptuaires dont il n'espère pas être remboursé : « *Si inqui-*

linus ostium vel quædam ædificia adjecerit, quæ actio locum habeat? Et est verius, quod Labeo scripsit, competere ex conducto actionem ut ei tollere liceat: sic tamen ut damni infecti caveat in aliquo, dum auferit, deteriore[m] causam ædium faciat, sed ut pristinam faciem ædibus restituat. »

Emphytéose. — Si le concessionnaire, dont le droit sur le terrain est réel, construit sur le fonds, il pourra exercer sur l'édifice tous les droits et actions qui lui compétent sur le sol.

Toutefois, en droit, il n'est pas propriétaire de l'édifice qu'il a créé ; cet édifice appartient au concédant, maître du sol, en vertu de la règle *quod solo inædificatur, solo cedit*. Aussi, à l'expiration de la concession, celui-ci avait la faculté de conserver les constructions élevées par le concessionnaire ; mais était-il tenu de payer une indemnité au constructeur ?

En principe il faut répondre négativement ; la concession n'était en effet accordée dans la pratique qu'à la charge par le concessionnaire de réaliser des améliorations sur le fonds, sans pouvoir prétendre au remboursement de ses impenses.

Superficie. — Dans une acception générale, le mot *superficies* désigne tout ce qui s'élève au-dessus du sol, plantes, arbres, constructions. C'est dans ce sens que Gaius l'emploie lorsqu'il dit : « *Superficies solo cedit* » (II, 73). Plus spécialement la *superficies* est le droit de jouir à perpétuité ou au moins pour un long temps d'une construction élevée sur le terrain d'autrui.

Nous avons vu que, d'après le principe *omne quod solo inædificatur, solo cedit*, le propriétaire du sol devient propriétaire de la construction qui y est élevée par autrui. Cette règle est absolue en droit civil ; la propriété du sol et celle de l'édifice sont liées à tel point que le sol est ré-

puté faire partie de la maison : « *Solum, partem esse cedium existimo* » (L. 49, pr., *de rei vind.*, D. VI, 1). Il en résulte que celui qui a bâti sur un fonds ne lui appartenant pas, même avec l'autorisation du maître de ce fonds, n'aura, pour défendre sa construction, que l'action personnelle résultant du contrat intervenu entre lui et le *dominus soli*; il ne pourra pas, s'il vient à être troublé ou dépossédé, recourir aux interdits pour se garantir du trouble ou se faire réintégrer, car c'est toujours au maître du terrain que compètent la revendication et l'interdit *uti possidetis*, pour la maison comme pour le sol (Gaius, L. 2, *de superf.*, D. XLIII, 18).

Cette nécessité pour le concessionnaire qui avait bâti de recourir ainsi au concédant pour défendre sa construction était assurément fort gênante; en outre elle était tout-à-fait attentatoire à la liberté des conventions. Aussi le préteur, fidèle aux idées de progrès, vint-il au secours du superficiaire; il organisa à son profit une servitude d'une nature particulière qui paralysa l'application du principe *superficies solo cedit*, et créa, pour protéger cette quasi-possession, un interdit et une action.

L'interdit *de superficie* était soumis aux mêmes règles que l'interdit *uti possidetis* : « *Tuetur itaque prætor eum qui superficiem jectit veluti uti possidetis interdicto* » (L. 1, § 2 et 3 *de superf.*, D. XLIII, 18). »

Quant à l'action, c'est une action *in rem* utile qui n'est accordée qu'en connaissance de cause, *cognita causâ*, lorsqu'il est constaté que le constructeur a obtenu une concession sinon à perpétuité, du moins pour un très long temps : « *Ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet* » (L. 1, § 3, h. t.).

Cette action compète au concessionnaire contre tout

le monde, même à l'encontre du propriétaire du fonds; à plus forte raison repousserait-il la revendication de celui-ci par une exception.

Le *superficiarius* fut donc désormais armé contre les tiers et contre le concédant. Il peut transmettre son droit réel même à des acquéreurs à titre particulier : « *Sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari, et donari possit* » (L. 1, § 7 D. *de superf.*); il lui est loisible de constituer sur la maison une servitude personnelle ou réelle : « *Et quasi usumfructum, sive usum quemdam esse, et constitui posse per utiles actiones credendum est.* » — « *Servitutes quoque prætorio jure constituentur* » (L. 1 § 6 et 9 D. *de superf.*); enfin la perte de cette quasi-possession, si elle a été acquise *à non domino*, donne ouverture à l'action publicienne : « *Publiciana competit... idem est, et si superficiariam insulam a non domino bona fide emerit* » (L. 12, § 2 et 3, *de publ. in rem act.*, D. VI, 2).

CHAPITRE VII

Des constructions élevées par un commodataire, un précariste, un gagiste, un antichrésiste.

Le commodataire détient la chose d'autrui à titre précaire. S'il bâtit une maison sur le fonds qui lui a été remis par le commodant, il aura sur cet édifice tous les droits qui lui compétent sur le sol. Mais, à l'époque de la restitution, le propriétaire du sol ne sera pas tenu de conserver les constructions élevées par le commodataire ; il pourra donc en exiger la suppression ; il ne saurait être grevé malgré lui d'impenses qu'il n'a pas commandées et qui ne sont nullement à sa convenance. Le commodataire ne peut se plaindre. Il a commis une faute en construisant sur un terrain qu'il savait ne pas lui appartenir ; il doit en supporter les conséquences.

Mais si le commodant veut maintenir sur son fonds les constructions qu'y a établies le commodataire, celui-ci pourra-t-il se faire rembourser ses impenses ?

Le *commodat* est un contrat *bonæ fidei* et, bien que les textes n'accordent au commodataire encore nanti de la chose l'action *commodati contraria* que pour les dépenses imprévues qu'il a faites par nécessité, nous pensons que, si le constructeur est encore en possession, il aura le droit de se faire indemniser par le commodant jusqu'à concurrence de la plus-value, conformément aux principes si admirables d'équité de la loi 38 *de rei vind.* Dans les contrats de bonne foi en effet, le juge a le pouvoir de statuer *ex æquo et bono* et doit tenir compte de

tout ce que les contractants peuvent se devoir les uns aux autres pour diverses causes.

Lorsqu'au contraire le commodataire n'est plus en possession du fonds, lorsqu'il l'a restitué au commodant, il nous paraît certain que tout son droit consistera dans la faculté de revendiquer les décombres de sa construction, si elle vient à périr et en supposant qu'il n'a pas agi, en édifiant, avec l'intention de faire une libéralité au commodant ; car on ne saurait le traiter avec plus de faveur que le possesseur de bonne foi.

Le précariste, le gagiste et l'antichrésiste étant dans une situation à peu près analogue à celle du commodataire, les solutions que nous venons de donner pour celui-ci, nous les étendrons en principe aux autres.

CHAPITRE VIII

Des constructions élevées par divers mandataires.

I^o PAR UN MANDATAIRE EN GÉNÉRAL.

Une distinction doit être faite.

Première hypothèse. — Le mandataire n'a pas excédé les limites de son mandat.

Il pourra se faire rembourser, au moyen de l'action *mandati contraria*, toutes les dépenses qu'il a faites, sans qu'il y ait à examiner si elles ont été inutiles ou s'il eût été possible de les réduire. Plus généralement, il devra être rendu complètement indemne ; ainsi il pourra à coup sûr réclamer les intérêts de ses avances.

Deuxième hypothèse. — Le mandataire a excédé les limites de ses pouvoirs.

En principe et pour tous les actes qu'il a faits en dehors de ses pouvoirs, il n'aura pas l'action de mandat ; il devra être considéré comme un gérant d'affaires et traité comme tel ; il faudra donc pour ces actes examiner s'il y a eu bonne et utile gestion.

II^o PAR UN TUTEUR.

Le tuteur a certainement la faculté d'employer les deniers de son pupille à élever un édifice sur son terrain. Il a en effet le droit de faire tout ce que ferait un bon père de famille pour la gestion de son patrimoine. Or il peut être d'une bonne administration d'établir une construction, par exemple sur un terrain destiné à être surbâti.

Nous reconnaitrons donc au tuteur le droit d'employer les fonds disponibles de son pupille à élever un édifice sur le terrain de celui-ci qui, parvenu à sa majorité, ne pourra attaquer les actes faits à ce sujet par son tuteur.

Mais si le tuteur a construit alors que les deniers du pupille n'étaient pas suffisants pour payer les travaux, il a dépassé les limites de son mandat d'administrateur ; on devra donc le considérer comme un gérant d'affaires quant aux constructions qu'il aura ainsi édifiées.

III^o PAR UN MARI.

1^o Sur les biens dotaux.

Dans le droit romain primitif, les biens de la femme s'absorbaient, grâce à la *manus*, dans le patrimoine du mari ; celui-ci en avait l'administration et la disposition et n'était pas tenu de les restituer. Dès lors, il pouvait construire sur un terrain propre à sa femme sans qu'il pût être question d'action du mari contre la femme et réciproquement.

Dans le droit classique, le mari est *dominus dotis* ; il peut faire tous les actes d'un propriétaire, mais il est obligé de restituer la dot à la dissolution du mariage. Lorsqu'il avait construit sur un fonds dotal, on distinguait en général si les édifices avaient été élevés avec ou sans le consentement de la femme. Dans le premier cas, il avait la faculté d'opérer la déduction de ses impenses sur le montant de la dot qu'il devait restituer. Au second cas, il n'avait que le droit d'enlèvement. C'est d'ailleurs ce que nous dit Paul : « *Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factæ sint* » (L. 8 de *impens. in res dot. fact.*, D., XXV, 1).

A partir de Justinien, le mari ne fut plus autorisé à exercer la *retentio* de ses dépenses en constructions ; mais

on lui accorda pour les impenses utiles qu'il avait pu faire sur un immeuble dotal, soit l'action *mandati contraria*, si la femme avait consenti à l'établissement de l'édifice, soit, dans le cas contraire, l'action *negotiorum contraria*, si l'affaire avait été utilement gérée.

2^e Sur les biens paraphernaux.

La femme en est restée propriétaire; si le mari construit sur un bien de cette nature, on ne peut le considérer que comme un tiers qui a fait l'affaire d'autrui et le traiter, selon les cas, soit comme un mandataire, soit comme un gérant d'affaires.

CHAPITRE IX

Des constructions élevées par un gérant d'affaires.

Le maître n'est tenu de rembourser au gérant que les dépenses utiles, car il est de principe en cette matière que celui-là seul jouit de l'action *negotiorum gestorum contraria* pour recouvrer ses impenses *qui utiliter domini negotia gessit*.

Si donc la gestion du constructeur a été bonne et utile, l'action *negotiorum gestorum* lui sera donnée ; dans le cas contraire, elle lui sera refusée.

Cette solution est équitable, car le gérant a commis une faute en construisant sur le terrain du maître sans en avoir reçu l'ordre ; d'autre part, le propriétaire du fonds ne saurait être tenu de conserver un édifice qui ne lui convient pas, à charge d'impenses qu'il n'a pas entendu faire.

Elle résulte en outre de plusieurs textes qui n'accordent au gérant l'action *negotiorum gestorum contraria* que dans le cas où il a fait des travaux nécessaires à la conservation du fonds (V. notamment la L. 10, § 1, D, *de neg. gest.*).

A quelle indemnité aura droit celui qui, en construisant, a sagement administré l'affaire du maître ?

En principe il doit être rendu indemne. L'action de gestion d'affaires étant une action *bonæ fidei*, le juge pourra obliger le maître à payer les intérêts des déboursés faits par le gérant.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I^{er} PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE PREMIER

Du caractère immobilier des constructions élevées sur le terrain d'autrui.

A proprement parler les fonds de terre sont réellement les seuls biens immeubles par leur nature originelle, par les éléments propres dont ils se composent, les seuls enfin qui soient le produit de la nature. Les bâtiments, les constructions ne sont que des œuvres d'art, et ne constituent, si nous les analysons, qu'un assemblage, un composé de choses mobilières ; ce sont plutôt des immeubles par incorporation ou accession que des immeubles par leur nature. Néanmoins le législateur, dans l'art. 518, n'a pas hésité à leur donner cette dernière qualification, à les assimiler aux fonds de terre. Il a considéré que l'édifice, quand il adhère intimement au sol, participe de la nature de ce sol dont il est devenu un accessoire, une partie intégrante : c'est avec raison, car l'incorporation résultant de l'union physique des matériaux avec le sol, anéantit l'individualité, la nature propre de ces matériaux ; dès qu'ils sont employés dans une construction, ils perdent leur nature mobilière (art. 527, 532 C. C.) qui est absorbée par le caractère immobilier du sol ; juridiquement, leur substance a en quelque sorte péri ; désormais, à la place de

deux choses distinctes, il n'y a plus que le sol lui-même, et lui seul, tel quel, un sol bâti au lieu d'un sol nu.

Cette assimilation de la construction au fonds lui-même, le législateur l'a établie sans distinguer entre le cas où l'incorporation est le fait du propriétaire du sol et celui où elle est l'œuvre d'un autre que lui. Une construction élevée sur le sol constituera donc un immeuble par sa nature, alors même qu'elle aurait été créée par un non-propriétaire sur le terrain d'autrui. Ainsi l'édifice qu'a établi un usufruitier est un immeuble par sa nature, bien qu'il n'ait été élevé, selon toute vraisemblance, que pour la durée de l'usufruit. Il en est de même des constructions érigées par un preneur sur le terrain loué, quoiqu'il n'ait qu'un droit personnel sur ce terrain, et qu'il ait sans doute construit en vue de sa jouissance seulement.

Il n'y a en effet aucune raison de distinguer entre les deux hypothèses. Que ce soit le propriétaire du sol qui ait élevé la construction, que ce soit un autre que lui, dans l'un comme dans l'autre cas, il n'y a plus de matériaux ; le sol, par sa puissance d'attraction et d'assimilation, leur a communiqué sa propre substance ; les éléments du sol et des matériaux ont été confondus de telle sorte qu'ils font désormais un seul et même être et que nous ne voyons plus qu'un terrain bâti. Qu'importe dès lors la qualité du constructeur ?

Ce principe, qui est généralement admis en doctrine, a été consacré par une jurisprudence à peu près constante.

« Attendu, lit-on notamment dans un arrêt de la Cour de Cassation du 13 février 1872, qu'aux termes de l'art. 518 du C. civ. les bâtiments sont, comme les fonds de terre, immeubles par leur nature ; qu'aucune disposition de loi ne leur fait perdre ce caractère et ne leur attribue la qualité de meubles lorsqu'ils ont été construits par un autre que le propriétaire du sol ;

« Considérant que les bâtiments, quelle que soit la personne qui les a édifiés, sont, à raison de leur adhérence au sol, réputés comme lui immeubles par nature. »

Cependant quelques auteurs, parmi lesquels Delvincourt, ont contesté cette doctrine. D'après eux, les bâtiments ne sont immeubles qu'autant qu'ils appartiennent au propriétaire du sol sur lequel ils sont établis.

Nous répondrons à ces auteurs qu'on ne trouve nulle part dans le Code la trace de cette distinction et que là où la loi ne distingue pas, l'interprète et le juge ne doivent pas distinguer non plus.

Les bâtiments une fois construits constituent donc des immeubles par leur nature, et cela d'une manière absolue, indépendamment de la qualité du constructeur.

Mais, dira-t-on, un locataire, un fermier, un usufruitier, qui peut bien, en construisant un ouvrage sur le terrain d'autrui, faire un immeuble par sa nature, est cependant dans l'impossibilité de créer, en la même qualité, des immeubles seulement par destination (arg. art. 522, 524, 525, C. civ.). N'est-ce pas contradictoire ? Il n'en est rien.

En effet pour qu'un meuble devienne immeuble par destination, il faut qu'il ait été attaché à un fonds par le propriétaire de ce fonds pour son service et son exploitation.

L'immobilisation par destination suppose donc nécessairement le fait du propriétaire du fonds. La raison en est qu'elle a lieu dans l'intérêt du fonds ; or le propriétaire est seul représentant de cet intérêt.

Celui qui place des meubles sur un fonds en qualité de locataire, de fermier ou même d'usufruitier, ne les y place vraisemblablement que pour la durée de sa jouissance ; il a voulu seulement exploiter la chose louée ou soumise à son droit d'usufruit, l'améliorer et la rendre plus productive. Il a donc agi dans son propre intérêt plutôt que dans celui du fonds qui ne lui appartient pas.

Lui prêter une intention contraire, ce serait supposer qu'il a entendu faire une donation au propriétaire puisque celui-ci, à l'expiration du bail ou de l'usufruit, reprendrait avec son fonds les accessoires provenant du preneur ou de l'usufruitier ; or, dans notre droit, les libéralités ne se présument pas.

On admet généralement que l'immobilisation par destination pourrait aussi résulter du fait de celui qui possède la chose *animo domini*, à titre de propriétaire, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il est de bonne ou mauvaise foi. Celui qui possède un fonds *animo domini* s'en croit propriétaire ou agit comme tel : il représente donc l'intérêt du fonds.

Mais, s'il est logique que le locataire ou l'usufruitier, n'ayant qu'un droit précaire et temporaire sur le sol, ne puisse créer des immeubles par destination, il est au contraire parfaitement rationnel qu'il puisse créer des immeubles par nature. En effet il ne peut empêcher, en établissant des constructions sur le fonds du bailleur ou du nu-propriétaire, que ses meubles, qui ont changé de nature, ne soient désormais une portion intégrante du sol et ne participent à sa nature immobilière (art. 518) ; il ne peut faire que ses matériaux ne se soient anéantis et absorbés dans le fonds. Rien de semblable ne se produit, par exemple en ce qui concerne les animaux et ustensiles aratoires placés sur une forme et employés à la culture ; ils n'en sont pas moins des animaux et des ustensiles aratoires, bien qu'ils soient employés à l'exploitation du domaine ; ils restent *après* l'immobilisation ce qu'ils étaient *avant*.

Mais est-ce à dire que si un tiers peut, en édifiant un bâtiment sur le terrain d'autrui, créer un immeuble par nature, toutes les constructions qu'il élèvera devront être classées au nombre des immeubles par nature ? Nullement.

En effet un bâtiment n'est un immeuble par nature, au sens et d'après les termes de l'art. 518, qu'autant qu'il présente cette condition d'adhérence physique, d'union matérielle qui en fait désormais une dépendance accessoire, une partie constitutive du terrain qui le porte. L'incorporation dans le sol est donc une condition nécessaire, indispensable, de l'immobilisation par nature.

De ce principe résultent principalement les deux conséquences suivantes :

1^o Ne constitueront pas des immeubles par nature les constructions qui ne sont point unies intimement au sol ; il en est ainsi notamment de certains moulins et autres objets indiqués dans l'art. 531 du C. Civ. ; il faudrait en dire autant des constructions sans fondements ni pilotis, posées en quelque sorte seulement sur le sol, telles que les boutiques ou baraques élevées en temps de foire ou de marché, les cabines destinées aux baigneurs, les hangars élevés par le fermier, pendant la durée de son bail, pour l'engrangement de ses récoltes. Ces sortes de constructions constituent des meubles, alors même qu'elles ont été édifiées par le propriétaire du sol sur son terrain.

2^o La construction cessera d'être un immeuble quand elle cessera d'être incorporée au sol, par exemple si elle a été démolie volontairement ou si elle est tombée de vétusté. Les matériaux, alors rendus à leur individualité, recouvrent le caractère mobilier qu'ils avaient perdu par suite de leur union intime avec le sol (Art. 527 et 532, C. Civ.).

Si la condition d'adhérence physique au sol est de rigueur pour que des constructions soient immeubles par leur nature, elle est en même temps suffisante, car la loi n'en exige pas d'autre.

Il faudra donc reconnaître à l'édifice qu'un non-propriétaire élèvera sur le terrain d'autrui la nature immobilière du sol qui le porte, dès qu'il présentera cette condi-

tion d'adhérence physique, d'incorporation matérielle qui en fasse désormais une dépendance accessoire du fonds. Il importerait peu que l'intention du tiers constructeur fût contraire à l'immobilisation ; sa volonté viendrait se briser contre le fait de l'absorption de ses meubles par le sol, fait brutal qui a en quelque sorte anéanti son droit sur eux.

L'immobilisation se produit d'ailleurs quelle que soit la provenance des matériaux employés dans la construction.

Que le constructeur se serve, pour bâtir la maison, de ses propres matériaux, ou qu'il emploie des matériaux appartenant à autrui, avec bonne ou mauvaise foi, la construction est, dans tous les cas, incorporée au sol, et constitue un immeuble par le fait même de l'incorporation.

Enfin, l'art. 518 ne faisant aucune distinction, dès qu'un bâtiment est attaché au sol nous sommes en présence d'un immeuble par nature ; il importe peu que la construction doive appartenir au maître du fonds, ou qu'elle doive être la propriété de celui qui l'a élevée.

Le système que nous venons d'exposer et que les textes commandent d'admettre est cependant repoussé par quelques auteurs, notamment par Delvincourt. Le bâtiment, disent ces auteurs, n'est immeuble par sa nature que comme accessoire et partie intégrante du terrain sur lequel il est construit ; il ne peut donc appartenir en qualité d'immeuble qu'au propriétaire du sol. Vis-à-vis de tout autre que le maître du fonds, l'édifice est toujours chose mobilière.

Cette opinion est non seulement contraire au texte de l'art. 518 qui ne distingue pas, mais encore inexacte.

Rien ne s'oppose, en effet, à ce qu'un bâtiment soit immeuble, alors même qu'il n'appartient pas au maître du terrain sur lequel il a été édifié, car, s'il résulte de la

nature même des choses que le sol, son dessus et son dessous ne forment qu'un fonds unique et non trois propriétés distinctes, ce n'est pas à dire qu'il soit impossible de les séparer ; le sol, la superficie et le tréfonds pourraient très-bien appartenir à trois propriétaires différents.

En outre, le droit de superficie, dont l'existence avait été reconnue en droit romain par l'influence du prêteur, avait été admis dans notre ancien droit français (*Loyseau, du déguerpissement, chap. IV, n° 81*). Ajoutons que les contrats de superficie furent sans doute fréquents autrefois, car l'on rencontre souvent dans les anciens contrats de ventes d'immeubles cette clause que le vendeur déclare aliéner le fonds et le tréfonds, c'est-à-dire le dessus et le dessous, et non pas seulement la superficie.

Le Code civil a incontestablement maintenu et consacré ce démembrement de la propriété. La preuve en est :

1° Dans l'art. 553 qui dispose qu'un tiers peut acquérir par prescription, ajoutons à plus forte raison par titre, la propriété de tout ou partie du bâtiment d'autrui. De plus cet article, tout en décidant que le propriétaire du sol est propriétaire des constructions qui y sont élevées, admet la preuve contraire ;

2° Dans l'art. 664 qui autorise la division d'une maison entre divers propriétaires, de sorte que le premier étage appartiendra d'une manière exclusive à un autre qu'au maître du sol et du rez-de-chaussée ;

3° Dans l'art. 519 qui déclare immeubles par leur nature les moulins à vent ou à eau fixes sur piliers, lors même qu'ils seraient établis sur le sol des rivières navigables ou flottables, c'est-à-dire sur une dépendance du domaine public.

Enfin ne résulte-t-il pas de la législation sur les mines (loi du 21 avril 1810, art. 5, 7, 8, 19, 21) que les mines exploitées en vertu d'une concession du gouvernement

constituent un bien immobilier distinct de la surface ?

La propriété de la superficie peut donc légalement être détachée de la propriété du tréfonds.

La propriété du dessus se conçoit d'ailleurs très bien séparée de la propriété du dessous, le fonds étant à *Primus*, les bâtiments dépendant du patrimoine de *Secundus* en qualité d'immeubles. Qui empêche, par exemple, le propriétaire d'un terrain nu de permettre à un tiers d'y élever une maison qui appartiendra au constructeur pendant un temps déterminé, à charge d'une redevance périodique ? Une telle convention est à coup sûr licite et la pratique en offre de fréquents exemples.

Il faut donc rejeter cette théorie qui voudrait faire du dessus et du dessous, du fonds et du tréfonds, une entité juridique indivisible.

Le bâtiment n'est, à la vérité, immeuble que comme accessoire du fonds ; mais, lorsque l'immobilisation qui résulte de l'incorporation de certains meubles dans le sol s'est produite, rien ne s'oppose, cette incorporation une fois réalisée n'importe par qui, à ce que la propriété de la superficie appartienne à un autre qu'au maître du fonds.

Remarquons d'ailleurs que cette question laisse absolument intacte celle de savoir si la propriété des bâtiments élevés sur le terrain d'autrui repose sur la tête du constructeur ou si, au contraire, elle est entre les mains du maître du sol ; c'est là un point que nous examinerons dans les chapitres suivants.

Nous avons établi que le bâtiment édifié par un autre que le propriétaire du sol constitue un immeuble par sa nature, quel qu'en doive être le propriétaire.

Bien plus, il est immeuble par sa nature alors même qu'il serait destiné à être démoli dans un avenir plus ou moins prochain. Ce point a cependant fait difficulté. C'est ainsi que la Cour de Grenoble a décidé, dans un arrêt du 2 janvier 1827 (Sir., 27, 2, 107) :

« Que la qualification d'immeubles donnée aux bâtiments par l'art. 518 ne peut et ne doit s'entendre que de ceux qui sont une dépendance du sol sur lequel ils sont construits et en forment comme un accessoire nécessaire ; qu'on ne peut considérer comme tels ceux dont la démolition a été formellement consentie d'avance par le propriétaire du sol et que le constructeur peut enlever à sa volonté, parce que le caractère d'immutabilité que la loi suppose ne peut s'attacher à des constructions qu'il ne dépend même pas du propriétaire du sol d'acquérir. »

Nous ne saurions adhérer à cette jurisprudence qui semble exiger, comme Delvincourt et quelques autres, bien que sous une autre forme, l'attache au fonds, la destination à perpétuelle demeure, car, ainsi que nous venons de le dire, la loi n'a nullement fait dépendre de la durée plus ou moins longue de l'incorporation le caractère immobilier du bâtiment. Sa décision est au surplus rationnelle : l'union intime des matériaux avec le sol étant la cause de l'immobilisation, cette immobilisation doit durer aussi longtemps que dure l'adhérence. D'ailleurs pourquoi distinguer là où le législateur pose une règle générale ?

Enfin notre proposition ne cesserait pas d'être vraie, alors même que le maître du sol et le constructeur seraient tous deux étrangers.

Tous les immeubles situés en France, même ceux qui appartiennent à des étrangers, sont en effet régis par la loi française (art. 3, al. 2 C. C.), et l'art. 518, qui est conçu en termes généraux et ne distingue pas entre les différents constructeurs ou propriétaires du sol sur lequel un bâtiment est élevé, fait partie du statut réel, comme toutes les lois relatives à la distinction des biens ; il doit par conséquent recevoir son application quelle que soit la nationalité du maître du terrain ou du constructeur.

La construction incorporée au sol est immeuble par sa nature d'une manière absolue, dans toute hypothèse. Elle revêt donc le caractère immobilier quelle que soit la condition juridique du sol qui la porte.

Le législateur, en effet, n'a pas distingué et n'avait pas à distinguer entre le cas où le fonds appartient à un simple particulier et celui où il fait partie du patrimoine d'une personne morale : Etat, département, commune, société commerciale; entre le cas où le fonds est inaliénable et imprescriptible, par exemple à raison de sa dotabilité (art. 1554 et 1561 C. C.) et celui où il est aliénable et prescriptible. Enfin on n'a pas à se demander, pour déterminer sa nature, si le bâtiment a été élevé sur un terrain privé ou sur une dépendance du domaine public.

Mais ce bâtiment qui, envisagé en lui-même, d'une manière absolue, est un immeuble par sa nature, a-t-il le caractère immobilier envers et contre tous, *erga omnes* ? Spécialement, doit-il être considéré comme un immeuble ou comme un meuble à l'encontre du constructeur qui l'a édifié sur le fonds d'autrui ?

Cette question est très vaste ; elle dépend de l'étendue des pouvoirs que l'on reconnaît sur les constructions à celui qui les a élevées. Pour y répondre il faudrait l'examiner dans la personne de chacun des constructeurs qui peuvent bâtir sur le sol d'autrui. Nous nous bornerons pour l'instant à constater qu'elle a une très grande importance.

Prenons par exemple le preneur, locataire ou fermier ; il a élevé une construction sur le terrain loué. Si l'on admet, comme nous l'établirons plus loin, qu'il est de droit commun propriétaire des édifices qu'il a créés, le droit du bailleur étant réduit à la propriété du sol, de cette prémisses il résultera notamment :

1° Que le preneur pourra hypothéquer les constructions qu'il a établies et les donner en antichrèse ;

2° Qu'elles pourront être saisies immobilièrement du chef de ses créanciers ;

3° Qu'en cas de vente le preneur pourra exercer le privilège du vendeur d'immeuble et l'art. 1674 devra être appliqué ;

4° Que la vente devra être transcrite et que, dans le cas de concours entre plusieurs acquéreurs successifs, celui-là sera préféré qui le premier aura fait transcrire son titre, fût-il postérieur en date, et alors même qu'un autre acquéreur aurait été mis en possession réelle ;

5° Que l'art. 2279 ne pourra être invoqué par un tiers auquel le preneur aurait cédé ses droits sur les constructions ;

6° Que le droit du preneur appartiendra au légataire de ses immeubles et ne tombera pas dans la communauté légale d'entre le preneur et son conjoint, à moins que le bâtiment n'ait été édifié pendant le mariage (art. 1401-3°, 1402, 1404 C. Civ) ;

7° Que si le preneur donne par acte entre-vifs les constructions qu'il a élevées, il faudra écarter l'art. 948 et appliquer au contraire les dispositions de l'art. 939 ;

8° Enfin, au point de vue fiscal, la cession de son droit de propriété consentie par le preneur au profit d'un tiers sera passible du droit de 5 fr. 50 0/0. (Loi du 28 avril 1816, art. 52).

Si au contraire on ne reconnaît au preneur qu'un droit simplement mobilier sur les constructions par lui créées, des solutions en sens opposé s'imposent.

Il faut observer au surplus que les constructions ne sont pas immeubles sous tous les rapports. Elles ne constituent des immeubles par nature qu'autant qu'on les envisage dans leur union actuelle avec le sol auquel elles adhèrent et dont elles sont une partie intégrante. Mais elles deviennent meubles, si on les considère dans l'état

futur et dans l'individualité distincte que leur donnera leur séparation d'avec le sol.

C'est ainsi que la vente d'une maison à démolir ou, en d'autres termes, la vente des matériaux à provenir de la démolition d'un édifice, est une vente mobilière. Le bâtiment n'est plus alors envisagé comme un ensemble, dans son état d'union avec le sol, mais abstraction faite du fonds qui le porte ; on voit dans le contrat non plus une maison, *universitas*, mais des pierres, des solives, du fer, des tuiles, des *res singulæ*, des meubles enfin. Le droit de l'acquéreur sera donc mobilier, car il a pour objet non pas la construction elle-même, mais les matériaux dont l'assemblage a produit la construction. Il en résultera notamment :

1^o Que l'article 1141 sera applicable : entre deux acquéreurs successifs, celui-là sera préféré qui le premier aura été mis en possession réelle, s'il a été de bonne foi ;

2^o Que la transcription de la vente ne sera pas nécessaire ;

3^o Que l'article 1674 (*rescision pour cause de lésion*) et l'article 1622 *relatif aux ventes d'immeubles faites avec indication de contenances* ne s'appliqueront pas ;

4^o Qu'une telle vente, si elle est faite publiquement, sera néanmoins de la compétence exclusive des notaires. L'article 1^{er} de la loi du 5 juin 1851 n'établissant en effet la compétence simultanée des notaires, commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de la justice de paix que pour les ventes de fruits, récoltes et coupes de bois taillis, il en résulte que les notaires peuvent seuls procéder aux ventes de constructions à démolir ;

5^o Que le droit à percevoir sera celui applicable aux transmissions de meubles à titre onéreux et non celui des mutations immobilières.

Cette circonstance que l'acquéreur des matériaux serait

devenu postérieurement propriétaire du sol et que celui-ci, ainsi devenu propriétaire du sol et des constructions, c'est-à-dire de l'immeuble entier, n'aurait pas effectué la séparation, ne pourrait changer l'objet de la transmission.

C'est ce que la Cour de cassation a décidé dans l'espèce suivante :

Une personne avait acquis d'abord les arbres d'une forêt pour être abattus ; puis elle avait acheté le sol même de la forêt. L'administration de l'Enregistrement soutenait que, dans ces conditions, l'acheteur devait payer le droit auquel sont assujetties les ventes immobilières, non seulement pour le terrain, mais aussi pour la haute futaie. Cette double vente, disait l'administration, de la superficie d'abord, et du terrain ensuite, à un même acquéreur qui, une fois propriétaire de l'immeuble entier, ne coupe pas la futaie, n'est qu'apparente ; elle n'est qu'un moyen détourné pour frauder le Trésor, en lui soustrayant une partie de l'impôt qui lui est légitimement dû ; car le droit à percevoir sur les ventes de coupes à faire est celui de 20/0 (loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 5 — 1^o), et non celui de 5 fr. 50 0/0 auquel donnent ouverture les ventes d'immeubles (loi du 28 avril 1816, art. 52). Or les tribunaux doivent démasquer et réprimer la fraude.

Cette argumentation était sérieuse et ne manquait pas de gravité au point de vue fiscal ; et, pour qu'elle ait échoué, il faut que la Cour ait été bien convaincue de la vérité de notre principe, à savoir que la vente séparée des objets adhérents au sol, sous la condition d'en être séparés, ne constitue qu'une vente mobilière.

Aussi la Cour, réservant le cas où l'administration démontrerait qu'il y a eu simulation frauduleuse, a-t-elle repoussé les prétentions de la Régie. Elle a pensé :

1^o Que le caractère une fois déterminé de cette vente,

telle qu'elle avait eu lieu, n'avait pu être modifié rétroactivement par un fait postérieur à la formation du contrat;

2^o Qu'il n'y a pas de présomption légale de fraude ; que la fraude doit être prouvée et que, dans l'espèce qui était portée devant elle, cette preuve n'était pas fournie ;

3^o Qu'au surplus, il n'y a pas de fraude à faire ce que la loi ne défend pas (Cass. 4 avril 1827, Sir., 1827, 1,440).

On peut ajouter fort justement, avec MM. Championnière et Rigaud, que « sans doute, une vente simultanée serait plus profitable au Trésor, mais qu'elle serait plus onéreuse aux parties, et que rien n'oblige celles-ci à préférer l'intérêt du Trésor à leur intérêt propre. »

Cette décision, rendue dans une espèce où l'acquisition de la superficie avait été suivie de celle du sol, est trop conforme aux principes pour que nous ne l'étendions pas *mutatis mutandis* au cas où une construction a été vendue pour être démolie et qu'ensuite le sol a été vendu au même acheteur.

CHAPITRE II

De la règle : Qui a le sol a les bâtiments.

Une personne établit une construction sur un terrain qui ne lui appartient pas. Qui est propriétaire du bâtiment ? Est-ce le maître du sol ? Est-ce au contraire le constructeur ?

En droit romain, l'édifice ainsi élevé appartenait au *dominus soli*. C'est ce dont témoignent quantité d'axiomes épars dans les lois romaines et les traités des jurisconsultes. *Superficies, solo cedit* (Gaius, II, 73). — *Omne quod inædificatur, solo cedit* (L. 7 § 10, D, de adq. rer. dom., XLI, 1). — *Si quis in alieno solo inædificaverit, illius fit ædificium cujus et solum est* (L. 7 § 12, D., XLI, 1).

Ce principe prévalut dans notre ancien droit français qui suit pas à pas la théorie romaine. Voici comment s'exprime Cujas : « *Una est res ædes et solum, vel superficies et solum. Solum est pars ædium, et quidem maxima pars, sane major pars, cui cedat superficies. Cur cedit superficies solo ? Quia hoc est naturale, ut minor pars majori cedat, accedatve ; et solum utique major pars esse existimatur, sine qua ædes consistere non possunt* » (Comm. in tit. de rei vind. Dig., ad l. 49).

Pothier définit l'accession en ces termes : « L'accession est une manière d'acquérir le domaine qui est du droit naturel, par laquelle le domaine de tout ce qui est un accessoire et une dépendance d'une chose est acquis de plein droit à celui à qui la chose appartient, *vi ac potestate rei suæ* » (Propriété n° 150).

Et plus loin il nous en exprime le principe et le justifie en développant l'idée déjà exprimée par Cujas.

« Lorsque de deux choses qui composent un tout, l'une ne peut subsister sans l'autre, et l'autre subsister séparément, c'est celle qui peut subsister séparément qui est regardée comme la partie principale ; l'autre n'en est que l'accessoire. *Necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest.* »

« On peut donner, pour un premier exemple de cette règle, le cas auquel quelqu'un aurait construit un bâtiment sur mon terrain. Ce bâtiment et mon terrain font un seul tout, dont mon terrain est la partie principale, et le bâtiment n'est que l'accessoire ; car mon terrain peut subsister sans le bâtiment, et au contraire le bâtiment ne peut subsister sans le terrain sur lequel il est construit. C'est pourquoi le domaine que j'ai de mon terrain me fait acquérir par le droit d'accession, *vi ac potestate rei meæ*, celui du bâtiment qui y a été construit. C'est ce qu'enseigne Gaius : « *Si quis in alieno solo sua materia inædificaverit, illius fit ædificium cujus et solum est* » (Propriété n° 170).

Notre législation moderne a admis purement et simplement les anciens principes en matière de constructions sur le terrain d'autrui. Le Code civil, à la suite de ses devanciers, consacre la propriété du maître du sol. C'est ce qui résulte de nombreux textes et notamment des art. 546, 552 et suivants :

1° De l'art. 546, d'après lequel la propriété d'une chose principale entraîne à elle la propriété de la chose accessoire qui y est unie ou incorporée. C'est la reproduction de la règle : « *Accessio cedit principali* ».

2° De l'art. 552 qui dispose que « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*, » de la construction par conséquent. *Superficies solo cedit*, disaient les Romains.

3^o De l'art. 553 aux termes duquel toutes les constructions existant sur un terrain sont présumées faites par le propriétaire de ce terrain à ses frais et lui appartenir.

4^o De l'art. 555 qui nous dit que le propriétaire du fonds a le droit de retenir les constructions qu'un tiers y a édifiées, sous réserve d'une indemnité à régler dans les termes qu'il indique. Si le maître du sol peut garder ces bâtiments, même malgré la volonté du constructeur, il en est donc propriétaire.

Ces dispositions sont générales. En principe le maître d'un terrain est propriétaire, à l'exclusion du constructeur, des bâtiments qui ont été élevés sur son fonds par autrui.

Il importera donc peu, pour l'application de notre règle, que le constructeur ait bâti sur un fonds dans la persuasion où il était que la propriété de ce fonds lui appartenait.

Bien plus, elle s'appliquera alors même qu'il aurait manifesté l'intention que la propriété de la construction ne fût pas attribuée au maître du sol ; sa volonté, étant contraire à la loi, devrait être considérée comme n'existant pas.

Le propriétaire du sol deviendra propriétaire des bâtiments qu'un autre a élevés sur son fonds, qu'il soit présent ou absent, majeur ou mineur, qu'il sache ou qu'il ignore l'exécution des travaux. La propriété lui est acquise, alors même qu'il a défendu de bâtir. Sa prohibition ne peut faire que les matériaux n'aient juridiquement cessé d'exister, n'aient en quelque sorte disparu pour s'absorber dans l'édifice, lequel s'est incorporé au sol et ne fait qu'un avec lui. A la place de deux choses précédemment distinctes, les matériaux et le sol, on n'a plus qu'un terrain bâti et partant un seul propriétaire, le maître du fonds.

Il importe également peu, pour l'application de notre principe, que le constructeur se soit servi de ses propres matériaux ou qu'il ait employé ceux d'autrui, et que ces matériaux, appartenant à un autre, il les ait employés sciemment et de mauvaise foi ou seulement par erreur. L'art. 555, aux termes duquel les constructions faites sur un fonds par autrui sont la propriété de celui à qui le terrain appartient, suppose, à la vérité, que le constructeur a employé ses propres matériaux ; mais la solution serait évidemment la même si les bâtiments avaient été élevés avec des matériaux appartenant à autrui.

Les art. 546. 552, 553, qui accordent au propriétaire du sol la propriété des bâtiments élevés sur son terrain ne distinguent pas en effet si c'est avec ses propres matériaux ou avec les matériaux d'autrui que le constructeur a exécuté les ouvrages.

Au reste il n'y avait pas lieu de distinguer : le législateur français, comme le législateur romain, a considéré que l'intérêt général s'opposait à ce que le propriétaire d'une solive ou d'une pierre fût admis à renverser un édifice, parce qu'il a une solive ou une pierre dans ce bâtiment.

Lorsque le constructeur, en bâtissant sur le terrain d'un autre, aura employé dans sa construction des matériaux ne lui appartenant pas, la situation respective du constructeur et du propriétaire des matériaux sera réglée conformément à l'art. 554. Mais cette question reste étrangère au maître du sol.

Notre règle s'appliquera aussi, quel que soit le propriétaire du fonds sur lequel un autre que le maître du sol a construit. Une personne morale du droit administratif, l'Etat, le département, la commune, ou une autre personne morale, telle qu'une société commerciale, sera donc, comme un simple particulier, propriétaire de la construction élevée par autrui sur un terrain lui appartenant.

Elle s'appliquerait encore bien que le terrain sur lequel un tiers a construit fût inaliénable, par exemple à raison de sa dotalité (art. 1554), ou hors du commerce par suite de sa destination. Ainsi un concessionnaire a bâti sur une dépendance du domaine public, sur les rivages de la mer par exemple. L'Etat sera parfaitement en droit de dire que cette construction lui appartient et qu'il veut la conserver. Cette circonstance que le terrain sur lequel repose la construction n'est pas susceptible de propriété privée ne met nullement obstacle à l'application des articles 551, 552, 553, 555.

Nous dirons enfin que notre principe s'applique entre étrangers aussi bien qu'entre Français, car il concerne le sol et non les personnes. C'est une loi de statut réel.

Nous n'avons pas non plus à prendre en considération l'importance des constructions et l'étendue du terrain qu'elles couvrent. Il peut arriver que, eu égard à la grandeur et à la magnificence du bâtiment d'une part et à la minime valeur du terrain d'autre part, la construction constitue en réalité la chose principale. En pareil cas le constructeur aurait pu prétendre avec plus de raison à la propriété de l'édifice, sauf à indemniser le maître du sol. Mais il eût été difficile de décider lequel des deux, du terrain ou du bâtiment, devait l'emporter sur l'autre. Où finit la propriété du maître du terrain ? Où commence celle du constructeur ? On conçoit ce qu'une telle détermination aurait présenté de délicat et d'arbitraire. La loi a voulu fermer la porte aux procès qui n'auraient pas manqué de surgir, en refusant dans tous les cas la propriété au constructeur.

On le voit, les rédacteurs du Code civil, imitant en cela les jurisconsultes romains et ceux de notre ancien droit, ont attribué d'une manière absolue la propriété de l'édifice au maître du sol.

Que faut-il penser de ce principe dans notre droit actuel ? Le Code n'eût-il pas mieux fait de répudier l'ancienne règle ?

Plusieurs solutions s'offraient au législateur de 1804. Il pouvait attribuer au constructeur un droit de co-propriété avec le maître du sol, droit proportionné à la valeur respective du terrain et des bâtiments qui y sont élevés. Il aurait pu aller plus loin et attribuer au constructeur l'entière propriété des édifices et du sol, à charge par lui d'indemniser le maître du terrain en raison de l'expropriation qu'il aurait subie. Cette décision eût été facilement justifiée lorsque les constructions ont une valeur considérable et que le sol sur lequel elles reposent est improductif et inculte. En pareil cas, on aurait pu dire, non sans quelque raison, que l'accessoire c'est le terrain, l'édifice, la chose principale.

A notre avis, le Code a bien fait de repousser l'une et l'autre de ces solutions. De graves inconvénients en seraient résultés.

D'abord, admettre la copropriété du constructeur et du maître du sol, c'eût été créer une indivision qui aurait donné naissance à des querelles et à des procès, toujours nuisibles à l'intérêt général. *Discordias solet parere communio*, dit un adage. En outre l'indivision est contraire à la libre circulation des biens.

L'attribution au constructeur de la propriété du sol et du bâtiment qu'il y a élevé eût consacré, en réalité, une grande injustice. C'était dépouiller un propriétaire innocent d'un bien auquel il tenait peut-être beaucoup au profit d'un tiers coupable d'avoir bâti sciemment, ou tout au moins imprudemment, sur un terrain qui ne lui appartenait pas. C'était le renversement immédiat de ce principe qui domine toute notre législation et que le Code venait de consacrer dans son article 545 : « *Nul ne peut être*

contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. »

L'admission à la copropriété étant écartée, la loi a donc sagement préféré le propriétaire du sol au constructeur. Aujourd'hui comme autrefois, le maître du terrain devient propriétaire des constructions qu'un tiers y élève. Le sol, par sa puissance d'attraction et d'assimilation, acquiert pour son maître tout ce qui vient s'y ajouter, naturellement ou artificiellement. C'est là ce qu'on appelle le droit d'accession. Sa formule peut se traduire : *Qui a le sol a les bâtiments.*

Mais le propriétaire du terrain, qui est propriétaire du bâtiment en vertu du principe de l'accession, l'est-il malgré lui et d'une manière nécessaire ?

Point du tout. Il ne l'est pas d'abord en ce sens qu'il peut renoncer au droit que la loi lui accorde dans les art. 546, 551, 552, 553 et 555. Nous avons vu que le droit romain n'admettait pas qu'il pût y avoir un propriétaire du sol et un propriétaire de l'édifice, distincts l'un de l'autre. En vain le *dominus soli* renonçait-il à son droit d'accession ; une telle convention était frappée d'une nullité absolue par la loi civile. Ce n'est que plus tard que le préteur, organe de l'équité et du progrès, vint protéger le constructeur par la création d'un interdit spécial.

Notre droit moderne, fondé sur l'équité, ignore le rigorisme des Romains. Aujourd'hui le propriétaire du sol peut renoncer au bénéfice de l'accession au profit d'un tiers.

Il est de principe en effet qu'une personne a toujours la faculté d'abdiquer un droit qui est établi en sa faveur, à moins de disposition prohibitive ; or rien dans le Code ne défend au propriétaire du sol de renoncer, au profit du constructeur, au bénéfice de l'accession. Bien plus : les

art. 553 et 664 l'autorisent clairement à y renoncer. Le premier, tout en établissant une présomption de propriété au profit du maître du sol, réserve néanmoins la preuve contraire. C'est admettre la renonciation conventionnelle du propriétaire à son droit d'accession. Le même article *in fine* permet aussi de prescrire tout ou partie du bâtiment, indépendamment du sol. Quant à l'art. 664, il trace des règles spéciales pour le cas où les différents étages d'une maison appartiennent à diverses personnes. C'est supposer que la propriété peut être divisée.

Sous un autre rapport, le propriétaire du sol ne l'est pas, malgré lui et nécessairement, de la construction élevée par autrui. Il ne l'est pas en ce sens que, s'il peut conserver pour lui l'édifice érigé sur son fonds, il n'y est pas forcé. Le constructeur ne peut le contraindre à garder les bâtiments qu'il a créés; en d'autres termes, ainsi que nous l'établirons plus loin (chap. quatrième), il a le droit d'obliger le constructeur à enlever ses ouvrages. Telle est la règle générale; mais il y a des exceptions. Il est tels cas où il ne sera pas permis au maître du sol de forcer le constructeur à démolir ce qu'il a édifié, où il sera tenu de conserver les travaux faits par un autre.

Le propriétaire du terrain, propriétaire du bâtiment qu'un tiers y élève, peut incontestablement s'opposer à la démolition de l'édifice. C'est là le simple exercice de son droit d'accession; c'en est même le principal attribut, car, après tout, le droit du maître du sol sur les constructions qui ont été établies ne consiste guère que dans la faculté qu'il a d'en empêcher la destruction de la part du constructeur et, si l'art. 555 lui permet de prendre pour lui le bâtiment qu'un autre a créé sur son fonds, ce texte suppose que l'édifice est encore debout au moment où la possession cesse.

Cette proposition résulte de l'art. 555 qui dispose que

« le propriétaire du fonds a le droit de retenir les constructions qui y ont été faites par un tiers. »

Elle s'induit aussi des art. 546, 551, 552, 553 qui attribuent au maître du sol la propriété des constructions qu'un tiers a élevées sur son fonds. Il serait en effet inconséquent, illogique, de reconnaître un droit de propriété au profit de quelqu'un sans donner à celui à qui il appartient la faculté et les moyens de le faire valoir.

Mais le droit du propriétaire du sol est bien précaire tant qu'il n'a pas notifié au constructeur son intention de prendre les bâtiments pour lui. Jusque-là son droit n'est pas à l'abri des entreprises du tiers constructeur qui peut en général modifier les ouvrages]qu'il a créés, les transformer selon ses besoins ou au gré de ses caprices, et même les détruire pour empêcher le propriétaire du terrain de profiter d'une construction à sa convenance. De quoi ce dernier pourrait-il se plaindre? Tant ce qu'il peut exiger, c'est de recouvrer son terrain tel qu'il était avant l'exécution des ouvrages. Si donc il retrouve son fonds en son état primitif, il n'éprouve aucun préjudice et n'a dès lors aucun intérêt à attaquer le constructeur ; et sans intérêt, pas d'action.

Lorsqu'au contraire le maître du sol a signifié au constructeur son intention d'user du bénéfice de l'accession, son droit de propriété devient certain et incommutable. Il est vrai que ce droit est subordonné à l'option qui lui appartient en principe entre la suppression des ouvrages et leur maintien sur son fonds à charge, s'il prend ce dernier parti, d'une indemnité à régler conformément à l'article 555 ; mais cette éventualité de l'enlèvement de ses travaux par le constructeur n'empêche pas le droit du propriétaire d'être désormais irrévocable et, si le possesseur venait à détruire ce qu'il a édifié, il devrait être traité comme celui qui démolirait la maison d'autrui.

Dès lors le maître du sol pourra faire sur la construction tous les actes d'un propriétaire. Il peut l'aliéner en tout ou en partie, à titre onéreux ou à titre gratuit, la grever de servitudes réelles ou personnelles, ou consentir sur elle tout autre démembrement du droit de propriété. Il peut aussi s'en faire un instrument de crédit, l'hypothéquer, la donner en antichrèse. Il peut la louer. Il lui est loisible de la démolir, à plus forte raison de la modifier et de l'améliorer à sa convenance. Ses créanciers pourront la saisir et la faire vendre.

Ajoutons qu'il sera tenu, à raison de ces bâtiments, de toutes les charges qui grèvent la propriété; c'est lui qui acquittera notamment l'impôt foncier qui frappe les propriétés bâties tel qu'il résulte de la loi du 8 août 1890.

Bien évidemment le droit d'administrer et d'aliéner qui appartient au propriétaire du sol sur les constructions édifiées par un tiers serait limité, dans son exercice, par un droit personnel ou réel de jouissance impartie au constructeur sur le terrain. Si par exemple ce constructeur est un locataire, le bailleur est tenu de lui procurer la jouissance paisible de la chose louée pendant le temps fixé par le contrat (art. 1709 et 1719); il ne lui est permis de troubler cette jouissance ni en fait ni en droit; le preneur ne pourra donc être dépossédé des constructions par lui établies sur le terrain loué qu'à l'expiration du bail.

De même, le nu-propriétaire qui aura vendu la maison bâtie par l'usufruitier ou qui l'aura louée ne pourra en dessaisir le constructeur que quand il aura achevé sa jouissance; autrement il lui nuirait.

Au surplus, si le propriétaire du sol devient propriétaire des constructions qu'un autre a élevées sur son fonds, il n'en devient pas maître sans bourse délier. Ainsi que nous le verrons plus tard, le constructeur a contre lui une action en indemnité jusqu'à concurrence soit du

montant de ses impenses, soit seulement de la plus-value procurée au sol par les constructions. L'indemnité due à celui qui a édifié les bâtiments pourrait d'ailleurs être fixée conventionnellement entre les parties ; rien dans la loi ne s'oppose à un règlement contractuel qui serait à coup sûr supérieur à toutes les prescriptions légales, toujours insuffisantes ou exagérées.

En tous cas, notre droit ne permet jamais qu'on s'enrichisse au détriment d'autrui.

Nous avons dit tout à l'heure que, pour devenir propriétaire réel, incommutable, des constructions élevées sur son terrain par un tiers, le propriétaire doit nécessairement déclarer au constructeur son intention d'user du bénéfice de l'accession.

Comme toute expression de volonté en général, cette déclaration peut être faite d'une manière tacite ou d'une manière expresse.

Une manifestation tacite résultera d'actes accomplis par le propriétaire du sol et qui font nécessairement supposer chez lui la volonté de conserver les bâtiments. Ainsi l'hypothèque dont il grèvera les constructions établira d'une manière suffisante son intention de les prendre pour lui. S'il les affecte à la garantie de sa dette, c'est qu'évidemment il veut les garder.

De même, en les aliénant, il épuise son droit d'option.

Il faudra en dire autant quand il revendiquera, à l'encontre d'un possesseur avec bonne ou mauvaise foi, son fonds tel qu'il se comporte, avec toutes ses aisances et dépendances.

Faut-il, pour que le constructeur ne soit plus en droit de démolir ce qu'il a édifié, que le propriétaire du sol fasse signifier à ce constructeur par un officier public compétent, tel qu'un huissier, son intention de conserver pour lui le bâtiment qui repose sur son terrain, ou bien le

constructeur sera-t-il suffisamment touché par un acte extrajudiciaire ?

A notre avis, un acte extrajudiciaire peut suffire.

En effet, la loi n'ayant pas déterminé la forme de la déclaration qui doit émaner du propriétaire du sol, aucune n'est prescrite à peine de nullité : elle pourra donc être faite non-seulement par acte d'huissier, mais encore par lettre missive ou même verbalement. Toutefois la déclaration verbale ou par lettre missive offre un grave inconvénient : son existence sera peut-être niée par le constructeur ; le propriétaire du sol pourra, en cette hypothèse, se trouver dans un grand embarras pour prouver qu'il a manifesté sa volonté à celui qui devait s'y conformer. Il ne pourra à coup sûr recourir à la preuve testimoniale si l'intérêt engagé est supérieur à 150 francs (art. 1341) ; il ne lui restera donc le plus souvent que la ressource de l'aveu ou du serment. Aussi agira-t-il prudemment en employant le ministère d'un officier public compétent.

Comme tous les droits pécuniaires en général, le droit qui compète au propriétaire du sol sur les bâtiments élevés par un autre n'est pas exclusivement attaché à sa personne. De là nous tirerons cette conséquence que le choix qui lui appartient de faire enlever les constructions ou de les conserver pour lui pourra être fait soit par le propriétaire lui-même, soit par ses créanciers exerçant, en vertu de l'art. 1166, les droits et actions de leur débiteur.

La déclaration des créanciers, agissant au nom de leur débiteur, qu'ils exigent le maintien des constructions peut être expresse ou tacite. Elle est tacite, par exemple lorsqu'elle est le préliminaire de la procédure de la saisie du fonds dans l'état où il se trouve. Expresse ou tacite, elle devra, dans tous les cas, être accompagnée de l'engagement de remplir, vis-à-vis du tiers constructeur, les con-

ditions sous lesquelles leur débiteur a le droit d'user du bénéfice de l'accession, et, lors de la distribution du prix total de l'adjudication, le tiers constructeur prélèvera sur ce prix l'indemnité qui lui est due aux termes de l'art. 555.

Supposons que l'édifice vienne à être démoli, après que le constructeur s'en est dessaisi au profit du propriétaire du sol mais avant qu'il ait été indemnisé. Ce constructeur pourra-t-il revendiquer les matériaux, pierres, bois, fers, tuiles, provenant de la construction ?

Quelques auteurs, notamment M. Demolombe, lui reconnaissent cette faculté. L'art. 554, disent-ils, qui suppose que le maître du sol a fait des constructions avec les matériaux d'autrui, refuse à la vérité au propriétaire de ces matériaux le droit de les enlever, tant qu'ils sont incorporés dans l'édifice; mais ce droit était paralysé, endormi par leur immobilisation, plutôt qu'anéanti; rien ne fait plus obstacle à leur revendication, une fois que l'édifice est détruit.

La solution contraire nous semble préférable.

En refusant au propriétaire des matériaux le droit de les enlever, l'art. 554 dit implicitement que ces matériaux sont devenus la propriété du constructeur; il en est devenu propriétaire par accession (art. 712), à raison de leur incorporation dans le sol dont ils sont devenus une partie accessoire. Pour que le droit de propriété de leur ancien maître pût renaitre, il faudrait une disposition législative qui n'existe pas.

Ici une question se pose : l'accession est-elle, dans notre droit actuel, un mode spécial d'acquérir la propriété, ainsi qu'en fait foi l'art. 712 ? N'est-ce au contraire qu'une simple extension du droit de propriété, comme paraît l'indiquer la rubrique du titre deuxième du livre II ?

Nous avons dit comment un certain nombre d'interprètes du droit romain avaient fait de l'accession un

huitième mode d'acquérir. Nous avons vu qu'à Rome le mot *accession* n'avait jamais eu le sens qu'on lui avait ainsi prêté, qu'il n'avait jamais désigné que la chose accessoire elle-même et non le fait juridique.

Pothier, qui a été le guide ordinaire des rédacteurs du Code civil, commet aussi cette confusion. Il traduit le mot *accessio* par celui d'*accession* et, avec nos anciens jurisconsultes français, range l'*accession* parmi les manières d'acquérir. Nous retrouvons la définition qu'il en donne et que nous avons reproduite au commencement de ce chapitre dans deux articles du Code. L'art. 712 dit que : « *la propriété s'acquiert par accession* » et l'art. 546 définit l'*accession* : « le droit que donne la propriété d'une chose sur tout ce qu'elle produit, et sur tout ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. »

Il y a deux parties dans cette définition de l'art. 546. La première se rapporte à ce qu'on appelle le droit aux produits. Est-ce là un véritable droit d'*accession* ? On l'a contesté, et avec raison, ce semble. En effet, tant que les fruits sont encore pendants par branches ou par racines, ils appartiennent au propriétaire comme partie intégrante de sa chose. Quand ils en sont détachés, il y a non pas *accession*, mais *discession*, *desaccession*, si l'on peut ainsi dire ; il y a non pas union, mais séparation. En outre nous ne voyons pas qu'il y ait là acquisition de propriété : le droit de propriété du maître qui portait à la fois sur le fonds et la récolte se maintient et se continue sur l'un et sur l'autre, lorsqu'ils sont séparés. Où est donc l'acquisition ?

La deuxième partie de la définition a trait au droit d'*accession* proprement dit, c'est-à-dire « au droit en vertu duquel le propriétaire d'une chose devient propriétaire de tout ce qui s'y unit naturellement ou artificiellement, » pour employer les expressions de l'art. 546.

Mais, même ainsi restreint, le droit d'accession n'est pas rationnellement, philosophiquement, un mode d'acquisition de la propriété.

En effet, lorsqu'une chose accessoire vient s'unir à une chose principale, que se produit-il ? Il n'y a plus désormais qu'un seul être, un objet unique, la chose principale qui se trouve augmentée de valeur. Le propriétaire de cette dernière doit, il est vrai, une indemnité au propriétaire de la chose accessoire ; mais ce n'est pas le prix de celle-ci qu'il paie ; l'indemnité est due en vertu du principe d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Il n'y a donc pas véritablement acquisition : il y a perte d'une chose et augmentation de valeur d'une autre chose.

Toutefois, si c'est bien là, en droit, l'analyse de l'accession, il faut reconnaître qu'en apparence il y a acquisition : il semble que la propriété de la chose accessoire va au maître de la chose principale. Aussi, cet hommage rendu à la raison pure, remarque étant faite qu'au fond, quant au résultat pratique, effectif, il importe assez peu que l'on dise que l'accession est ou n'est pas un moyen d'acquérir, aussi, disons-nous, ne faut-il pas reprocher trop sévèrement aux auteurs du Code civil, tout au moins en ce qui concerne l'accession proprement dite, d'avoir vu là un mode d'acquisition de la propriété.

CHAPITRE III

Exceptions au principe « qui a le sol a les bâtiments ». Droit de superficie.

Nous avons vu dans le chapitre précédent que si le maître du sol est propriétaire des constructions élevées sur son terrain par autrui, il n'en est pas propriétaire malgré lui et d'une façon nécessaire.

En effet le principe « qui a le sol a le bâtiment » posé dans les art. 552 et suiv. n'est pas d'ordre public ; il est donc loisible au propriétaire du sol de renoncer au bénéfice de l'accession.

Conformément au droit commun, cette renonciation pourra être expresse ou tacite.

La renonciation expresse est celle qui est faite *expressis verbis* ; elle résulte donc d'une déclaration de volonté. Ainsi le propriétaire d'un terrain nu donnera à un tiers l'autorisation d'y élever des constructions qui appartiendront au constructeur pendant un certain temps, à charge d'une redevance annuelle.

La renonciation tacite s'induit de clauses et conventions qui font nécessairement supposer que le maître du fonds reconnaît lui-même la propriété du constructeur. Ainsi, dans l'opinion qui assimile le preneur à un constructeur de mauvaise foi, on fait résulter la superficie notamment :

1^o De la clause accordant au preneur le droit de bâtir sur le terrain loué et affectant hypothécairement les constructions au paiement des loyers et fermages.

2^o De la clause permettant au preneur d'enlever ses constructions en fin de bail. Cette faculté peut lui être conférée d'une manière absolue, ou encore on convient que les bâtiments ne seront démolis qu'à défaut d'entente amiable avec le bailleur sur le chiffre de l'indemnité par lui due pour les garder.

De ces deux clauses, dit-on, on doit forcément induire le droit de superficie au profit du preneur. On ne peut les expliquer autrement. L'affectation hypothécaire des constructions au paiement des loyers dit assez que le droit d'accession doit être écarté; on n'hypothèque pas sa propre chose. Quant au droit de démolir, pur et simple ou conditionnel, c'est l'abandon de sa propriété par le bailleur. En effet le droit de propriété du maître du sol consiste surtout et ne consiste guère que dans la faculté d'empêcher la démolition. On ne voit dès lors pas comment, pendant le bail, le locateur serait fondé à invoquer un droit de propriété qui nécessairement ou au gré du preneur se résoudra à l'expiration du contrat.

Selon nous, le preneur est, de droit commun, propriétaire, durant le bail, des constructions qu'il a élevées dans la limite de son droit. Sa propriété découle des principes mêmes du contrat de louage; elle est la conséquence de la jouissance qui lui est reconnue. Il n'est donc pas besoin, pour que les bâtiments lui appartiennent, d'une renonciation expresse du bailleur au bénéfice de la règle : « *Qui a le sol a le bâtiment*, » ou d'une clause insérée dans le bail et de laquelle puisse s'induire le droit de superficie au profit du preneur. Par cela seul que le contrat de location est muet, les règles de l'accession devront être écartées pendant toute la durée du bail. Le locataire a en effet le droit de transformer, de supprimer même, selon ses besoins ou au gré de ses caprices, les bâtiments qu'il a élevés, puisque le bailleur étant tenu de lui pro-

curer la jouissance paisible de la chose durant le temps fixé (art. 1709 et 1719) ne pourrait, sans troubler cette jouissance, empêcher la démolition ; or cette faculté de modifier, de détruire, malgré le bailleur, n'est-ce pas le droit de propriété lui-même ?

Si les parties ont stipulé dans le contrat de louage que les constructions élevées par le preneur seront affectées hypothécairement au paiement des loyers, il résultera, selon nous, de cette clause que le locataire ne pourra pas démolir les constructions qu'il créera et dont la propriété sera cependant entre ses mains. On conçoit très-bien qu'en vertu d'une convention un propriétaire soit empêché de démolir son bâtiment ; une telle convention, ne présentant rien de contraire à l'ordre public, est assurément licite (Cpr. art. 1188).

La question de savoir si le maître du sol a renoncé au bénéfice de l'accession au profit du constructeur est une question de fait à résoudre en cas de contestation par les juges du fond, sans que leur décision puisse encourir sur ce point la censure de la Cour de Cassation.

Il ne faut d'ailleurs pas oublier qu'en vertu de la maxime : « *qui a le sol a le bâtiment* » le maître du terrain est propriétaire des constructions, et que dès lors le fardeau de la preuve contraire admise par l'art. 553 incombe tout entier au constructeur. C'est à lui d'établir que le propriétaire du sol a renoncé en sa faveur au bénéfice de l'accession.

Dans la pratique, c'est par les preneurs que les constructions sur le terrain d'autrui sont le plus souvent élevées. Aussi, dans les développements qui vont suivre, viserons-nous surtout l'hypothèse d'un locataire qui, son bail étant muet, a établi des bâtiments sur le terrain loué dans les limites de son droit ; du reste, ce que nous dirons s'appliquera en principe à tout constructeur autre que le

preneur, lorsque le propriétaire du sol aura renoncé en sa faveur à son droit sur les édifices.

Le locataire a élevé un édifice. Cette construction a nécessairement un maître et ce maître est forcément le preneur puisque, les règles de l'accession étant écartées, le bailleur n'a plus de titre pour se dire propriétaire de ce bâtiment et n'y peut prétendre aucun droit. La construction une fois établie, l'immeuble se dédouble; le sol et la superficie forment désormais deux propriétés distinctes; l'une frappant le sol reste la propriété du bailleur, l'autre frappant l'édifice appartient au preneur.

Le droit de propriété qui appartient au preneur s'appelle *droit de superficie ou propriété superficière*. Ce droit est consacré d'une manière formelle par l'art. 553 *in fine* qui décide qu'un tiers peut, au préjudice du propriétaire, acquérir par prescription, il faut ajouter à fortiori par titre, « *la propriété soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.* »

La superficie est donc un véritable droit de propriété et un droit réel immobilier : la propriété d'un immeuble est immobilière. Comme la propriété, elle s'acquiert par titre ou par prescription. Le titre sera d'ordinaire une renonciation, expresse ou tacite, du propriétaire du sol au bénéfice de l'accession. Cette renonciation investit par avance le constructeur de la propriété du bâtiment qu'il élèvera et constitue en sa faveur un droit de superficie. Moins souvent il arrivera que, les constructions étant établies, le maître du terrain vende ou fasse donation de l'édifice, en se réservant la propriété du sol. Enfin le droit de superficie peut être constitué par testament ou résulter d'un partage.

La propriété superficière aura la durée fixée par le contrat qui lui aura donné naissance. Elle sera perpétuelle si aucune limite ne lui a été assignée, temporaire

dans le cas contraire. On objecterait en vain, à l'encontre de cette dernière proposition, que la propriété étant perpétuelle ne peut résider à temps sur la tête d'une personne. La réponse serait que sans doute la propriété est perpétuelle parce qu'elle est absolue ; cependant elle peut bien ne pas être perpétuelle ; dans la plupart des cas elle le sera ; mais aucune disposition de notre loi ne prohibe que l'on ait sur une chose une propriété révocable, résoluble, devant durer jusqu'à l'avènement d'une condition qui l'anéantira *in præteritum*. Rien n'empêche non plus que l'on ait une propriété limitée dans sa durée, *ad tempus*.

La jurisprudence de la Cour de Cassation est aujourd'hui constante en ce temps (Cass. 1^{er} Avril 1884, Sir., 85, 1, 85. — 3 février 1886, Journal de l'Enregistrement, article 22.588).

La plupart des législations étrangères admettent également le droit de superficie. La loi belge et hollandaise du 10 janvier 1824 le définit ainsi : « Le droit de superficie est un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. »

Les constructions sont immeubles tant à l'égard du superficiaire que vis à-vis du propriétaire du fonds (Cpr. art. 334 du C. C. espagnol, — art. 409 du C. C. italien).

Le droit de propriété du preneur sur sa construction frappe un immeuble réel et physique, un immeuble par sa nature.

De cette prémisse résultent des conséquences importantes, principalement les suivantes :

1^o Le preneur aura, à l'occasion des bâtiments par lui créés, l'exercice de toutes les actions qui sanctionnent d'ordinaire le droit de propriété.

Il exercera, pour la conservation de son immeuble, l'action en complainte qui ne lui compète pas en ce qui concerne le sol et les bâtiments loués ; il n'en est en effet que

détenteur à titre précaire, et le droit de tout détenteur précaire d'un immeuble consiste simplement à agir, suivant les cas, soit en garantie contre celui au nom de qui il détient, soit contre l'auteur du trouble ou de la violence par une action personnelle ou pénale. Il exercera la dénonciation de nouvel œuvre à laquelle s'appliquent les règles relatives à la plainte.

Mais il aura droit à la réintégration et pour le sol et pour les bâtiments (Aubry et Rau II, § 189, p. 166) ; cette action n'exige ni une possession annale ni une possession *animo domini*. La majorité des auteurs et une jurisprudence presque unanime dispensent en effet de toutes les conditions exigées par les art. 23 du C. de proc. civ. et 2229 du C. civ. celui qui a été spolié, le faisant bénéficier de la maxime *spoliatus ante omnia restituendus*.

Enfin toutes les actions immobilières pétitoires, action en revendication, actions confessoire ou négatoire, lui appartiendront.

2° Il pourra modifier, transformer les constructions qu'il aura élevées, selon son intérêt ou au gré de ses caprices. Il aura même la faculté de les démolir, si bon lui semble. A plus forte raison aura-t-il le droit de les administrer.

3° Il pourra disposer des bâtiments par lui créés, en tout par voie d'aliénation, soit à titre onéreux soit à titre gratuit, ou seulement en partie par la constitution de droits réels : droits d'usufruit, d'usage ou d'habitation, servitudes réelles, et cela par actes entre vifs ou par testament.

4° Il pourra les hypothéquer, et ce que nous disons de l'hypothèque conventionnelle, il faudra l'étendre aux hypothèques légales et judiciaires. La jurisprudence a maintes fois décidé que les constructions élevées par un locataire sont grevées, s'il est tuteur, d'un droit d'hypothèque au profit du mineur, et la même solution doit être donnée

en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée, celle des établissements publics, ou de la masse de la faillite (C. co., art 490).

Il lui sera loisible de les donner en antichrèse.

5° Si les édifices ajoutés par le locataire ont été construits avant son mariage, ils seront exclus de la communauté légale existant entre lui et son conjoint. Dans le cas contraire, ils constitueront des acquêts de communauté (art. 1401 — 3°, 1402, 1404 C. civ.).

6° Les créanciers du preneur pourront pratiquer la saisie immobilière de ces bâtiments et se faire payer sur le prix provenant de la vente forcée. Cette saisie est susceptible de surenchère (Paris, 30 mai 1864, Sir., 64, 2, 266. — 27 août 1864, Sir., 64, 2, 267).

7° En cas d'aliénation par le preneur de son droit de superficie, il exercera soit le privilège du vendeur, soit le droit de résolution sous les conditions déterminées par l'art. 2103 C. C. et l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855.

Il pourra intenter l'action en rescision pour lésion de plus des 7/12.

8° Toute transmission entre-vifs de ce droit de superficie sera assujettie aux droits de mutation immobilière ; elle devra en outre être transcrite (C. civ. art. 939. — Loi du 23 mars 1855 art. 1^{er} — 1°).

9° Cette superficie sera recueillie par le légataire des immeubles du preneur.

En résumé le locataire, propriétaire des constructions, jouit, à l'occasion de ces constructions, de toutes les prérogatives attachées au droit de propriété, à l'exclusion du maître du sol.

Mais ce droit de propriété superficière n'est que précaire ; il ne saurait survivre au bail lui-même ; il disparaît, il est anéanti avec lui. De là il résulte que ce droit sera plus ou moins important, selon que le bail aura une durée plus ou moins longue.

Nous avons dit que le droit de superficie peut s'acquérir non seulement par titre, mais aussi [par prescription.

Il faut distinguer ici deux espèces de prescriptions : la première qui porte simultanément sur le sol et sur le bâtiment, et celle de la construction indépendamment du sol.

Dans la première hypothèse, c'est le fonds qu'on prescrit et l'édifice ne l'est que par voie de conséquence, comme accessoire du terrain dont il suit le sort. C'est de beaucoup la plus pratique. Nous n'avons qu'à supposer une personne qui achète *a non domino* un sol nu. Elle est de bonne foi et a entre les mains un titre qu'elle croit valable. Dans ces conditions, elle bâtit sur le terrain. Dix ans, vingt ans s'écoulent sans que le véritable propriétaire revendique son fonds. Au bout de ce temps, le constructeur aura acquis par prescription la propriété du sol (art. 2265) et par suite, de l'édifice.

Cette première application de la prescription ne présente rien de particulier ; c'est l'usucapion ordinaire. Mais il y a une prescription de la superficie, indépendante de celle du sol et admise formellement par l'article 553 *in fine* que nous avons déjà cité. La situation prévue par ce texte se réalisera lorsque les actes de possession n'auront porté que sur le souterrain ou le bâtiment, le sol continuant à être possédé par le propriétaire. *Tantum præscriptum quantum possessum*. Il pourra se faire aussi que le possesseur qui ne peut usucaper le fonds parce qu'il est détenteur précaire (art. 2236), ou parce que le propriétaire a interrompu la prescription du terrain, a cependant accompli le délai fixé pour l'acquisition de la propriété du bâtiment. Dans tous ces cas, il y a prescription de la superficie.

CHAPITRE IV

Principes communs aux différents constructeurs sur le terrain d'autrui.

1^o Tout constructeur sur le terrain d'autrui peut en principe transformer, détruire même ses ouvrages, avant toute réclamation de la part du propriétaire du sol, à charge de remettre les choses dans leur premier état. Si la démolition ne cause aucun préjudice au maître du fonds, celui-ci n'a droit à aucuns dommages-intérêts. Que pourrait-il réclamer en effet au constructeur qui a démoli, s'il n'éprouve aucun dommage ? N'ayant point d'intérêt il n'a point d'action, car l'intérêt est la condition essentielle de toute action. Mais la signification faite par le propriétaire du terrain au constructeur qu'il entend garder l'édifice équivaut à une prise de possession des bâtiments et rend le constructeur responsable de tous dommages-intérêts, en cas de démolition.

2^o Le propriétaire peut en général refuser de prendre les constructions pour lui et contraindre le constructeur à démolir.

Ce droit lui est accordé en termes formels, au moins lorsqu'il est en présence d'un possesseur de mauvaise foi par l'art. 555 *in principio* ainsi conçu : « *Lorsque les constructions ont été faites par un tiers, et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever.* »

Cette faculté de destruction est de tous points conforme à l'équité. Il eût été souverainement injuste d'imposer, dans tous les cas, au propriétaire du sol, pour des cons-

tructions auxquelles il n'a pas participé, des impenses considérables qui dépassent peut-être ses ressources et dont il ne désire pas profiter. Il n'a le plus souvent rien à se reprocher. Il ignorait les travaux qui se faisaient sur son fonds, à son insu ou en son absence.

Le constructeur au contraire est coupable d'avoir bâti sur un fonds qui n'était pas le sien. Il est juste qu'il subisse les conséquences de sa faute ou de sa témérité.

Le principe du droit de destruction n'est d'ailleurs point absolu et comporte des exceptions. Un tel droit est fort rigoureux et met le constructeur à la merci du maître du terrain. Il faudra donc l'écarter toutes les fois que nous nous trouverons en présence d'un constructeur digne d'intérêt ou excusable. Ainsi nous le refuserons au propriétaire du sol vis-à-vis d'un possesseur de bonne foi (art. 555 *in fine*), ou encore lorsqu'il s'agira d'un co-héritier, d'un co-associé, d'un gérant d'affaires, d'un administrateur du patrimoine d'autrui, comme le tuteur, le père ou le mari. Mais la démolition sera de règle en face d'un possesseur de mauvaise foi (art. 555), des propriétaires sous condition suspensive et résolutoire, de l'usufruitier et de certains mandataires qui auront outrepassé leurs pouvoirs. Nous examinerons la position respective de chacun d'eux dans les chapitres suivants.

3° Toutes les fois que le propriétaire, usant de son droit d'accession, gardera l'édifice pour lui, il sera tenu d'indemniser le constructeur.

Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Or le propriétaire qui prétendrait conserver sans rien déboursier les bâtiments qu'un autre a élevés sur son terrain, s'enrichirait aux dépens du constructeur. Une action en indemnité sera donc ouverte au profit de ce dernier contre le maître du sol. Ce sera tantôt l'action *mandati*, tantôt

l'action *negotiorum gestorum contraria*, ou tout au moins l'action *de in rem verso*. Cette action lui sera accordée alors même qu'il aurait usurpé le fonds, qu'il s'en serait mis en possession par violence, et il la conservera même après s'être dessaisi du fonds et l'avoir restitué à son véritable propriétaire.

Notre loi s'est montrée sur ces deux points beaucoup plus favorable au constructeur que le droit romain. A Rome, ainsi que nous l'avons vu, toute indemnité était refusée au possesseur de mauvaise foi. C'est contre lui qu'avait été imaginée la rigoureuse fiction de donation au maître du sol. Quant au possesseur de bonne foi, il ne pouvait opposer l'exception de dol pour obtenir le remboursement de ses impenses que s'il était en possession de l'immeuble. En perdant la possession, il perdait en même temps tous moyens de se faire indemniser. Le préteur avait déjà fait fléchir les anciens principes. Personne à coup sûr ne blâmera le législateur de 1804 de les avoir complètement répudiés.

4° Enfin une dernière règle qui découle comme une conséquence nécessaire de la précédente, c'est le droit pour le constructeur d'enlever ses édifices, si le maître du sol veut les garder sans lui payer une indemnité.

Aucun constructeur sur le sol d'autrui ne peut, dans notre droit, être présumé avoir voulu gratifier le maître du fonds de ses matériaux. Le Code a certainement rejeté la fiction *donasse videtur* imaginée par les Romains et admise par nos anciens jurisconsultes. En douterait-on que l'art. 555 serait là pour en faire foi. Or si, aux termes de cet article tout d'équité, le propriétaire du sol qui veut conserver les bâtiments élevés sur son fonds par autrui est tenu d'indemniser le constructeur, à plus forte raison ce dernier doit-il pouvoir enlever ses matériaux lorsque le maître du terrain élève la prétention immorale de

conserver des édifices sans bourse délier. Il semble assez rationnel qu'il puisse dire au propriétaire du sol : « Payez-moi les impenses que j'ai faites ou je démolis. »

Preuve. — Nous savons que le droit romain n'admettait pas qu'un autre que le propriétaire du sol pût avoir la propriété de la superficie. Notre législation actuelle ne va pas jusque-là. Elle se borne à l'en supposer propriétaire. Mais ce n'est là qu'une présomption susceptible d'être combattue par la preuve contraire. Toute personne sera donc recevable à établir qu'elle a acquis tout ou partie de l'édifice élevé sur un terrain appartenant à autrui. C'est ce qui résulte de l'art. 553 ainsi conçu : « *Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir si le contraire n'est prouvé.* »

Notre article se termine ainsi : « *Sans préjudice le la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription; soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.* » On peut donc, ainsi que nous l'avons déjà observé, prescrire la construction sans prescrire le sol qui la porte.

Quelle est la portée, l'étendue des présomptions établies par l'art. 553 ? Quelles sont les preuves contraires susceptibles de les combattre ? Telles sont les questions que nous allons examiner successivement.

« *Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, dit l'art. 553, sont présumés faits par le propriétaire.* »

C'est la première présomption. Elle est toute naturelle et sera presque toujours conforme à la réalité des choses : *is fecit cui prodest*. On peut donc, sans crainte de se tromper, affirmer que c'est le maître du sol qui fait bâtir. L'hypothèse d'une construction érigée sur un terrain par

un autre que le propriétaire ne se réalisera qu'à bien rarement. Cependant il peut arriver qu'un tiers élève un édifice sur un fonds qui ne lui appartient pas. Aussi la loi a-t-elle sagement réservé la preuve contraire.

« *A ses frais...* » Cette seconde présomption est le complément de la première. Elle est, elle aussi, rationnelle et conforme au bon sens. Celui qui bâtit est généralement celui qui paie les matériaux et la main-d'œuvre. Et lors même que le propriétaire du sol ne surveille ou ne dirige pas les travaux en personne, il est à supposer qu'ils sont faits à ses frais, soit par un mandataire, soit même par un gérant d'affaires, puisque c'est à lui que doivent aller les constructions. Aussi la loi présume-t-elle qu'il a fourni les deniers nécessaires à l'exécution des ouvrages.

« *Et lui appartenir...* » C'est la conséquence logique des deux premières présomptions. Si c'est le propriétaire du terrain qui a bâti et payé, il est hors de doute que les constructions lui appartiennent. Aussi cette double présomption le dispense-t-elle de prouver son droit sur le terrain. (arg. art. 1352 — al. 1). Mais l'une et l'autre sont susceptibles d'être combattues par la preuve contraire qui est formellement réservée par notre article : « *Si le contraire n'est prouvé,* » dit-il.

Ainsi, tout d'abord, on peut prouver, contre la première présomption, que les constructions qui couvrent un terrain n'ont pas été élevées par le maître du sol. C'était par exemple un possesseur, soit de bonne foi, soit de mauvaise foi ; il a bâti, bien que simple détenteur.

On sera aussi admis à établir que ce n'est pas le propriétaire du fonds qui a payé les travaux. La première preuve ne suffirait pas ; car les constructions, tout en n'ayant pas été faites sous la direction ou la surveillance immédiate du maître du sol, ont pu cependant être élevées à ses frais. Il faudra donc établir non seulement que le

propriétaire n'a pas bâti, mais encore qu'il n'a pas payé les travaux.

Cette double preuve une fois faite n'aura certainement pas pour conséquence d'empêcher que le maître du sol acquière la propriété des bâtiments qui y sont établis ; elle pourra seulement, suivant les cas, autoriser le constructeur à réclamer une indemnité au propriétaire du terrain ou à démolir l'édifice. Telle est la solution commandée par l'art. 555.

Est-ce à dire qu'en aucune hypothèse la propriété du bâtiment ne doive être attribuée au constructeur ? Assurément non. Notre droit, nous le savons, admet le démembrement de la propriété, l'édifice appartenant à l'un et le tréfonds à l'autre.

Une troisième preuve devra seulement être fournie par le constructeur. Après avoir établi que c'est lui qui a édifié et à ses frais, il devra prouver encore, d'après les règles du droit commun, que le bâtiment lui appartient, soit en vertu d'un titre, soit par la prescription. L'art. 553 *in fine* autorise ce dernier mode de preuve. De l'admission de l'un ou l'autre de ces moyens résultera la propriété du constructeur. Tel est ce qu'on appelle le *droit de superficie* dont nous avons parlé dans les chapitres précédents.

De ce qui précède il résulte que, si le constructeur se borne à réclamer une indemnité, il n'aura que deux choses à établir : 1^o que c'est lui qui a fait faire les travaux ; 2^o qu'il les a fait faire à ses frais. S'il prétend à la propriété de l'édifice, il devra en outre faire la preuve même de sa propriété, par titre ou par prescription. C'est de beaucoup la plus difficile.

Les preuves admises à l'encontre de la présomption de l'art. 553 pourront d'ailleurs être administrées à l'aide de tous les moyens organisés par le droit commun. Or, pour les faits juridiques, la preuve testimoniale n'est pas admis-

sible lorsque leur valeur excède cent cinquante francs. En ce qui concerne les simples faits, les faits matériels, ils peuvent être prouvés indéfiniment par témoins. La question préalable qui se posera chaque fois qu'on se trouvera en présence d'une espèce déterminée sera donc celle-ci : s'agit-il d'un fait matériel ou juridique ?

Le constructeur qui ne réclame qu'une indemnité pour ses travaux doit prouver que c'est lui qui les a fait faire et à ses propres frais. Le fait de construire n'est pas juridique ; c'est un fait pur et simple ; il pourra donc être établi par tous les moyens possibles ; la preuve par témoins et sans commencement de preuve par écrit sera recevable, alors même qu'on se trouverait en matière supérieure à cent cinquante francs. Il est à peine besoin de dire qu'il sera toujours préférable que le constructeur produise, quand il le pourra, les traités faits avec l'architecte, les devis, mémoires, quittances des entrepreneurs, l'état des lieux qui aurait été précédemment dressé, etc.

Quand au contraire le constructeur prétend que le bâtiment lui appartient, il s'agit alors d'un fait juridique, l'acquisition du droit de propriété. L'édifice est-il d'une valeur inférieure à cent cinquante francs, le constructeur sera admis à faire par témoins la preuve de sa propriété. Au-delà de cette somme, il devra établir son droit par titre ou par prescription.

2° PARTIE SPÉCIALE

CHAPITRE PREMIER.

Des Constructions élevées par des co-propriétaires.

Il faut distinguer deux espèces de co-propriétaires : ceux qui sont volontairement en état d'indivision, par exemple les associés, et ceux qui sont dans l'indivision par suite d'une circonstance indépendante de leur volonté, comme sont notamment les co-légataires d'une même chose.

1°. — Examinons d'abord le cas des *co-propriétaires non associés*. Supposons deux personnes qui ont reçu le même fonds par succession, donation ou legs.

Si l'un des communistes, qui n'a pas reçu mandat de l'autre à cet effet, n'a fait sur le fond indivis que de simples impenses nécessaires ou utiles, il aura évidemment le droit d'en exiger le remboursement de son co-propriétaire. C'est la règle en matière d'impenses nécessaires ou utiles (art. 1375). Chaque communiste puise dans son propre droit le pouvoir d'administrer, de réparer et d'entretenir la chose commune. L'un d'eux ne saurait donc refuser à l'autre la faculté de faire les actes que justifie l'urgence ou l'utilité et l'équité exige qu'il rembourse une dépense dont il profite.

Que faut-il décider s'il s'agit de constructions proprement dites de constructions nouvelles ?

Si le constructeur a reçu mandat de son co-propriétaire, les principes du mandat s'appliqueront. On suivra encore ces mêmes principes lorsque les constructions ont été établies au vu et su de l'autre communiste qui ne s'y est pas opposé. En ce cas il y a eu mandat tacite.

Mais les difficultés naissent lorsque l'un des communistes a bâti malgré l'opposition déclarée de son co-propriétaire ou quand les travaux de construction ayant été exécutés à son insu, celui-ci refuse de les approuver.

La question est délicate. En effet, le terrain étant indivis, chacun des communistes n'en a qu'une quote-part idéale, et non une part physique, déterminée dans son individualité ; le tout appartient à tous deux et aussi chaque partie de ce tout. Il en résulte que le communiste qui est en faute d'avoir élevé des bâtiments sans le consentement de l'autre, peut néanmoins légitimement prétendre qu'il a édifié sur son propre terrain. D'autre part, son co-propriétaire ayant un droit égal au sien, rien n'empêche de soutenir que les constructions ont été faites sur le terrain d'autrui. Comment trancher le conflit qui naît de la contradiction de ces deux droits ?

Une solution s'impose : c'est le partage du fonds commun tel qu'il se trouve, avec ses aisances et dépendances. Il faudra y procéder toutes les fois que les communistes ne s'entendent pas au sujet des constructions.

Le partage étant effectué, trois hypothèses peuvent se présenter :

Première hypothèse. — La construction tombe dans le lot du constructeur.

La situation ne présente, dans ce cas, aucune difficulté. En vertu de l'effet déclaratif du partage (art. 883), le constructeur est réputé avoir toujours été seul propriétaire ;

il a donc construit sur son propre terrain. Dès lors pas d'indemnité à réclamer d'une part, pas de droit de démolition à exercer de l'autre.

Deuxième hypothèse. — Le terrain bâti échoit au communiste non constructeur.

Ici l'effet déclaratif du partage conduit à une solution diamétralement opposée. Le communiste est censé avoir toujours été seul propriétaire. Il s'ensuit qu'il y a construction sur le terrain d'autrui et que le co-partageant au lot duquel est tombé le bâtiment a le droit d'en exiger la démolition. Le constructeur ne serait certainement pas fondé à se plaindre. On lui répondrait qu'en bâtissant il a été très-imprudent. N'étant pas seul propriétaire, il ne devait faire, sans l'assentiment de son communiste, aucune innovation qui ne fût commandée par une nécessité urgente. Il n'ignorait pas que le fonds pouvait tomber dans le lot de son co-partageant, celui-ci ayant le droit de ne pas ratifier les actes faits par lui qui n'étaient pas indispensables et aussi celui de demander que le terrain construit fût compris dans la masse partageable comme tout terrain dépourvu de bâtiments. Cette grave imprudence qu'il a commise en construisant, il doit en subir les conséquences; son co-partageant, n'étant pas tenu de conserver l'édifice, pourra en réclamer la démolition.

Afin d'éviter la suppression des ouvrages, on met souvent, en pratique, dans le lot du constructeur, le fonds sur lequel il a bâti. Il a été décidé en effet par certains arrêts que la règle du tirage au sort n'est pas absolue, qu'il peut y être dérogé et qu'il est loisible de procéder au partage par voie d'attribution personnelle des lots dans le cas où, comme celui dont il s'agit, les droits des co-partageants sont inégaux (Cass., 11 août 1808, Sir. 8, 1, 529.— Metz, 10 juin 1852, Sir. 54, 2, 276).

Nous repoussons cette jurisprudence. Le texte de l'art.

834 al. 2 est formel : « Ils (les lots) *sont ensuite tirés au sort*, » dit-il, et il n'est pas permis aux juges d'éluder les formes prescrites impérativement par la loi pour les partages (V. Cass. 27 février 1838, Sir. 38, 1, 216. — 19 mars 1844, Sir. 44, 1, 301. — 26 avril 1847, Sir. 47, 1, 810. — 11 août 1875, D. 75, 1, 461).

Troisième hypothèse. — La construction passe à un tiers qui en devient propriétaire, soit à l'amiable, soit par voie de licitation.

Le droit de démolition ne peut assurément pas être exercé par l'acquéreur. Aussi le constructeur qui a procuré une plus-value au fonds sera-t-il admis à en prélever le montant sur le prix de la vente. Mais il ne recevra jamais, en fait d'indemnité, que cette plus-value. Il s'ensuit qu'il sera constitué en perte si, comme c'est l'ordinaire, elle est inférieure à l'impense ; il fera au contraire un bénéfice, si l'augmentation de valeur du terrain dépasse les sommes qu'il a déboursées en matériaux et en main-d'œuvre.

2^o Il s'agit de constructions élevées par l'un des co-associés sur un terrain commun *affectione societatis*.

Il faut supposer, pour qu'il y ait communauté entre les co-associés, que la société créée entre eux ne constitue point une personne morale. En effet, dans ce cas, la société forme un être juridique distinct de la personne de chacun des associés individuellement ; ceux-ci n'ont, tant que dure la société, que des droits purement mobiliers (art. 529 C. civ.) ; ils ne sont pas co-propriétaires par indivis des objets, meubles ou immeubles, qui composent le fonds social ; ces biens appartiennent exclusivement au corps moral de l'association.

Ecartons donc l'hypothèse des constructions édifiées par un associé sur le terrain social, partant sur le terrain d'autrui ; elle doit être régie par les principes soit du

mandat, soit de la gestion d'affaires lorsque le constructeur ne s'est pas tenu dans les limites de ses pouvoirs.

Supposons qu'un terrain appartient à deux personnes, par exemple parce qu'elles l'ont acquis en commun ; ces deux personnes conviennent de s'associer pour l'exploiter, en dehors de toute idée de spéculation commerciale ; une semblable convention n'a certainement pas pour effet de créer entre les parties une société constituant une personne morale.

Que faut-il décider au cas où l'une d'elles élève une construction sur le fonds commun ?

Nous pensons qu'il faut appliquer ici les solutions que nous avons données à l'occasion du co-propriétaire ordinaire qui a construit sur un terrain indivis ; en effet, quant aux innovations à faire sur le fonds commun, le co-associé n'a pas en général des pouvoirs plus étendus que le co-propriétaire ordinaire *sine societate* (art. 1859 — 4^o).

Mais ces solutions, nous ne les donnerons pas, tout au moins en principe, au cas où le mari aura établi des bâtiments sur un bien commun, car la communauté constitue une indivision *sui generis* régie par des règles toutes particulières, notamment en ce qui concerne les pouvoirs du mari qui sont presque ceux d'un propriétaire (arg. art. 1421 et 1422), à la différence du co-propriétaire ordinaire ou du co-associé.

Nous examinerons d'ailleurs plus loin (chap. IX, section VII) les différentes questions qui peuvent se poser à l'occasion de la création de bâtiments sur un terrain de la communauté.

CHAPITRE II

Des constructions élevées par des propriétaires sous condition résolutoire et sous condition suspensive.

SECTION I^{re}

Du propriétaire sous condition résolutoire.

Le propriétaire sous condition résolutoire n'a pas un droit de propriété ordinaire, certain et parfait. Peut-être restera-t-il propriétaire ; peut-être verra-t-il son droit s'évanouir.

Néanmoins, dans l'intervalle, il est réellement propriétaire et il peut exercer tous les droits d'un maître. Mais que la condition vienne à s'accomplir, il sera, par suite de l'effet rétroactif de la condition (art. 1179), réputé n'avoir jamais été propriétaire. Sa propriété disparaîtra même dans le passé, et tous les droits réels qu'il a consentis sur la chose seront considérés comme nonavenus, en vertu de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (art. 2125).

Dans ces conditions, s'il s'avise de bâtir, quels vont être ses droits sur la construction qu'il élève ?

Les constructions participent en principe de la condition juridique du fonds dont elles sont l'accessoire. *Pendente conditione*, le propriétaire sous condition résolutoire aura donc sur son bâtiment, comme sur le sol, un droit de propriété conditionnel et résoluble. De ce qu'il

est, avant l'arrivée de la condition, véritable propriétaire de la construction, il faut déduire les conséquences suivantes :

Il peut l'aliéner, à titre gratuit ou à titre onéreux, entre-vifs ou par testament, la grever de servitudes, l'hypothéquer. Ses créanciers peuvent la saisir et il lui est loisible de la leur donner en antichrèse. Il perçoit les fruits et retire les loyers de l'édifice.

Son bâtiment, il peut le revendiquer. Il aura la faculté d'exercer, à son occasion, les actions possessoires, complainte et réintégrande. Enfin l'action confessoire lui servira pour réclamer une servitude due au fonds ou à la construction, l'action négatoire pour repousser celles qu'on prétendrait lui imposer.

En résumé, il exerce tous les droits qui compètent à un propriétaire ordinaire.

Mais, dès l'instant où le droit est définitivement fixé par l'accomplissement ou la défaillance de la condition, la position change complètement. La condition vient-elle à défaillir, il est désormais propriétaire incommutable du du terrain et de l'édifice. Si au contraire la condition se réalise, sa propriété est anéantie. En vertu du principe de la rétroactivité de la condition, tous les actes qu'il a faits sont nuls et non avenus. Il est censé n'avoir jamais été propriétaire et il a en réalité construit sur le terrain d'autrui.

Voyons maintenant quels sont les droits de celui à qui profite l'accomplissement de la condition résolutoire, c'est-à-dire du propriétaire sous condition suspensive.

Pendente conditione, le propriétaire sous condition suspensive n'a qu'un droit des plus incertains, des plus précaires. Il n'est pas propriétaire, il a seulement l'espérance de le devenir. Mais la condition se réalise-t-elle, il devient maître absolu à la place du propriétaire sous con-

dition résolutoire ; il est même réputé, par suite de l'effet rétroactif de la condition, avoir toujours été propriétaire.

Propriétaire du sol, il est également propriétaire de la construction en vertu de son droit d'accession. Il pourra donc la conserver. C'est le droit qui compète en général à toute personne sur le terrain de laquelle des constructions ont été élevées par autrui (art. 546, 551, 552, 553). S'il garde le bâtiment, il devra indemniser le constructeur d'après le principe que « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. »

Mais sera-t-il obligé de prendre les ouvrages pour lui ?

Nous ne le pensons pas. Nous estimons au contraire qu'en thèse générale il sera loisible au nouveau propriétaire de se soustraire au paiement de l'indemnité en exigeant l'enlèvement des constructions.

En effet, aux termes de l'art. 1183, « *la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.* » Si donc un acte translatif de propriété est soumis à une condition résolutoire, le propriétaire qui profite de l'accomplissement de la condition a le droit d'exiger que les choses soient remises dans le même état que si l'acte n'avait jamais eu lieu. Cela implique la suppression de l'édifice bâti dans l'intervalle écoulé entre le contrat et la réalisation de la condition.

Ce résultat est d'ailleurs équitable, car le propriétaire à qui le fonds fait retour n'a rien à se reprocher. Le constructeur a commis sinon une faute, au moins une imprudence, en exécutant des ouvrages peut-être considérables sur un fonds dont il n'avait qu'une propriété incertaine et imparfaite. Il n'ignorait pas qu'à tout instant il pouvait être dépouillé de son droit. Dans une telle situation, l'abstention lui était commandée.

Pour bâtir, il devait attendre que ses droits fussent confirmés. Il a été téméraire ; il doit être puni. Le droit de démolition ne peut paraître trop rigoureux.

Enfin l'art. 1673 fournit un puissant argument en faveur de notre opinion.

En effet le vendeur qui exerce le réméré doit rembourser à l'acheteur : 1^o le prix payé et les loyaux coûts du contrat ; 2^o « *les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds jusqu'à concurrence de cette augmentation.* »

Ce ne sont donc pas toutes les dépenses faites par l'acheteur qui doivent lui être remboursées, mais seulement les dépenses pour des réparations, pour de simples améliorations qui n'ont pas changé la substance et la forme de la chose, ce qui exclut incontestablement les constructions nouvelles, les transformations de la chose vendue, pour lesquelles l'acheteur n'aura point d'indemnité. C'est le forcer indirectement à les enlever.

La règle posée dans l'art. 1673 est très-sage et très-équitable. Les réparations qui n'étaient point nécessaires, mais qui étaient utiles, qui ont augmenté la valeur du fonds, seront ordinairement peu considérables ; d'autre part, il sera souvent difficile, impossible même de les faire disparaître. Le vendeur doit donc toujours indemniser l'acheteur des dépenses qu'il aura faites à l'occasion de ces réparations, car le chiffre de l'indemnité ne peut jamais être bien élevé. Mais la décision de la loi devait être différente en ce qui concerne les constructions nouvelles. Il eût été en effet injuste que le patrimoine du vendeur fût grevé malgré lui, pour des ouvrages qu'il n'a pas commandés, d'impenses considérables qu'il n'a point entendu faire et dont il ne désire pas profiter.

Nous ajouterons que, si le vendeur qui use du pacte de rachat était tenu de rembourser à l'acheteur toutes les

dépenses qu'il plaira à celui-ci de faire, il y aurait dans cette obligation une manière, indirecte à la vérité, mais sûre, d'empêcher l'exercice du retrait. Le vendeur a le plus souvent beaucoup de peine à amasser le prix qu'il doit restituer ; l'acheteur, en faisant des dépenses considérables en constructions, le mettrait dans l'impossibilité de faire usage d'un droit qu'il s'était cependant réservé dans le contrat de vente.

Cette solution concernant l'acheteur à réméré est, à notre avis, trop équitable et trop rationnelle pour que nous n'en étendions pas en principe l'application à tous les cas où un propriétaire a construit sur un terrain qui ne lui appartenait que sous condition résolutoire.

Nous croyons donc qu'en règle générale le propriétaire sous condition résolutoire qui a édifié des bâtiments peut être contraint à la destruction et à l'enlèvement de ses ouvrages.

Nous ajoutons d'ailleurs *en principe*, car notre règle poussée à l'extrême pourrait à son tour produire des résultats injustes. S'il est équitable d'accorder en général le droit de démolition à celui qui profite de la réalisation de la condition résolutoire, on rencontre d'autre part telles hypothèses dans lesquelles ce droit serait trop rigoureux pour qu'il pût être admis.

Il peut en effet y avoir des cas où le propriétaire sous condition résolutoire soit très excusable d'avoir édifié, bien qu'en principe il commette une grave imprudence en élevant des constructions.

Au surplus, les conditions résolutoires n'ont pas toutes le même caractère, et le droit du propriétaire sous cette condition est plus ou moins imparfait, plus ou moins précaire, suivant les cas.

Nous dirons donc, avec MM. Aubry et Rau, que le caractère particulier de telle ou telle condition résolutoire

et la nature des rapports existant entre les parties contractantes pourraient bien faire admettre une solution contraire à la règle que nous avons posée, surtout si le constructeur dont le titre est résolu n'avait ni faute ni imprudence à se reprocher.

Le principe que nous avons établi étant ainsi limité, il ne nous reste plus qu'à en faire l'application sinon à tous, du moins aux principaux propriétaires sous condition résolutoire qui ont édifié sur un terrain dont ils n'avaient qu'une propriété résoluble.

Nous l'appliquerons :

1^o A l'époux donataire de son conjoint.

Les donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables (art. 1096). Le principe de la révocabilité de ces donations est fondé sur des raisons d'ordre public. Serait donc nulle toute clause par laquelle l'époux donateur renoncerait à son droit de révocation ou qui aurait pour résultat de rendre impossible l'exercice de ce droit ; or on l'anéantirait indirectement si on obligeait l'époux donateur à conserver pour lui les constructions, peut-être importantes, élevées par le donataire, à charge d'une indemnité qu'il serait dans l'impossibilité de payer. La loi n'a pu permettre de faire indirectement ce qu'elle n'autorise pas à faire directement.

2^o A l'acheteur, lorsque le vendeur s'est réservé le droit de tenir le contrat pour non avenu si, dans un certain délai, il se repentait d'avoir vendu.

Il est évident qu'en présence d'une pareille clause le droit de destruction n'a rien de trop rigoureux. L'acquéreur, se sachant à la merci du caprice de son vendeur, devait, plus que tout autre, s'abstenir de construire.

3^o Au donataire, au cas où le retour conventionnel a été stipulé (art. 951 et 952 C. civ.). Il ne serait pas équitable que le donateur ne pût, quand s'accomplira la con-

dition résolutoire, rentrer dans son fonds que sous l'obligation de rembourser le montant des impenses faites par le donataire ou ses ayant-cause pour des constructions.

4^e A l'absent de retour, à l'encontre des envoyés en possession provisoire. La loi ne confère à ceux-ci que l'administration des biens de l'absent; elle qualifie même la possession provisoire de dépôt (art. 125 C. civ.), indiquant par là que l'envoyé en possession provisoire, de même que le dépositaire, possède à titre précaire, c'est-à-dire non pour son compte personnel, mais pour le compte de l'absent qu'il reconnaît propriétaire. De ce principe résulte notamment cette conséquence que l'envoyé en possession provisoire ne peut jamais prescrire contre l'absent (arg. art. 2236). Il n'est donc pas exempt de faute, ou tout au moins d'imprudence, s'il s'est avisé de construire sur un terrain appartenant à l'absent.

Mais notre solution ne semble pas devoir s'appliquer aux envoyés en possession définitive. En effet ceux-ci sont devenus, par l'envoi définitif, propriétaires incommutables des biens de l'absent à l'égard des tiers; il est vrai que, si jamais l'absent reparaît, ils devront restituer les biens qu'ils possèdent encore; mais, lorsque l'envoi définitif est prononcé, la probabilité du retour de l'absent qui était une loi de la première période fait place à la présomption contraire; il est probable, on peut même dire il est certain, que l'absent est mort. L'envoyé en possession définitive a donc des raisons très légitimes de croire qu'il est devenu propriétaire des biens de l'absent et, s'il élève des constructions, il bâtit sur un fonds qu'il peut considérer comme sien. Nous dirons donc que l'absent de retour n'aura pas le droit de le contraindre à démolir. Mais devra-t-il payer une indemnité au constructeur? La négative semblerait bien résulter de l'art. 132 C. civ. aux termes duquel « *si l'absent reparaît, il reprendra ses*

biens dans l'état où ils se trouveront; mais il faut observer que cet article a été écrit en faveur des envoyés qui ne sont tenus envers l'absent que *quatenus locupletiores facti sunt*; en leur refusant une indemnité, l'absent s'enrichirait donc à leur détriment, contrairement à ce principe d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

5^e Lorsque s'agissant d'une condition résolutoire expresse ou tacite, dans un contrat synallagmatique, l'acquéreur d'un fonds n'a pas rempli les obligations que le contrat lui imposait, par exemple quand le vendeur fait résoudre la vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654). L'acheteur est en faute de ne pas avoir exécuté les obligations dont il était tenu; il n'aura donc pas à se plaindre si le vendeur l'oblige à démolir les constructions qu'il avait élevées.

6^e Au cas où un adjudicataire a été évincé par suite de folle enchère. Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 17 janvier 1843 (Sirey : 43, 2, 232) a décidé qu'il peut être contraint à enlever les constructions par lui faites.

7^e Au donataire ou au légataire, lorsque la donation ou le legs est résolu pour cause d'inexécution des conditions ou d'ingratitude (art. 953 et 1046). Cette décision est certainement équitable, car le donataire ou le légataire pouvait à coup sûr ne pas encourir la révocation et par suite conserver son fonds ainsi que son bâtiment en ne se montrant pas ingrat ou en exécutant les charges qui accompagnaient la libéralité.

Mais nous estimons que notre règle ne devrait pas recevoir son application dans le cas où un donataire a construit sur le fonds qui lui a été donné et quand plus tard la donation vient à être réduite comme excédant la quotité disponible si, du moins, il a été de bonne foi. Il est en effet irréfutable, car il a bâti dans la croyance que la

donation ne serait pas révoquée, ayant d'ailleurs de bonnes raisons de penser que l'action en réduction ne pourrait pas pas l'atteindre ; il ne serait dès lors pas équitable que l'héritier réservataire pût le forcer à démolir.

Nous appliquerons la même solution au donataire d'un terrain dont le droit est résolu par la survenance d'un enfant au donateur (art. 960 C. civ.). Dans cette espèce, il n'a pas tenu au donataire d'empêcher la révocation. Sa conduite est exempte de reproches.

Que faut-il décider au cas où le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué ou grevé d'un privilège construit, puis est évincé, soit par suite d'expropriation ou de purge suivie de surenchère et d'adjudication au profit d'un autre, soit parce qu'il a délaissé l'immeuble ?

Il est évident que le tiers détenteur avait le droit de bâtir ; il était réellement propriétaire. Il n'y a donc pas, dans notre hypothèse, construction sur le terrain d'autrui. Qui d'ailleurs pourrait demander la suppression des travaux ? Ce ne peut être le débiteur qui a hypothéqué l'immeuble à la sûreté de sa dette ; car, en aliénant le fonds, il s'est dépouillé de tous droits sur lui. Ce ne sont pas non plus les créanciers. Ils ne peuvent en effet exercer le droit de démolition ni du chef de leur débiteur qui a abdiqué tout pouvoir sur l'immeuble (arg. art. 1166), ni en leur propre nom, car l'édifice n'a pas été élevé sur leur terrain. Au surplus, quel intérêt auraient-ils à demander l'enlèvement des bâtiments ? Le gage qui sert de sûreté au remboursement de leurs créances, loin d'être anéanti, est augmenté par les constructions. Or, sans intérêt, pas d'action.

Il ne peut donc être question de suppression des ouvrages. Le tiers détenteur aura le droit de répéter contre les créanciers hypothécaires « *ses impenses et améliorations*. » Telle est la disposition de l'art. 2175 et elle s'applique certainement aux constructions nouvelles.

Aux termes de cet art. 2175 « il (le tiers détenteur) *ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration.* » Ce texte est formel ; le tiers détenteur a droit, dans tous les cas, à la bonification de ses impenses jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée.

En résumé, le droit d'exiger la démolition des travaux faits par le propriétaire sous condition résolutoire appartient *en principe* à celui qui bénéficie de l'accomplissement de la condition.

Mais, si les constructions sont maintenues sur le sol qui les porte, l'indemnité due au constructeur à raison de ses impenses ne sera pas réglée par l'art. 555, puisque ce constructeur avait la propriété du fonds sur lequel il a bâti et que ce texte ne s'applique qu'à celui qui a édifié sur un terrain qu'il possédait seulement, soit de mauvaise foi, soit de bonne foi. Que devra donc payer celui qui profite de la réalisation de la condition au propriétaire dont le titre est résolu ?

Nous pensons qu'il sera obligé de rembourser au constructeur l'augmentation de valeur que les constructions nouvelles ont procurée à l'immeuble, quelles que fussent les impenses qui ont été faites par le propriétaire sous condition résolutoire et quand même les sommes déboursées seraient inférieures au montant de la plus-value.

Notre décision est fondée sur l'art. 861 dont les termes sont généraux et comprennent dans leur généralité les constructions nouvelles aussi bien que les améliorations proprement dites.

D'après cet article, le donataire qui a fait des impenses à l'occasion d'un terrain qui rentre dans la succession par suite du rapport n'a droit qu'au remboursement de la plus-value qu'elles ont procurée à l'immeuble. Tout ce que l'équité exige en effet, c'est que la succession ne s'enri-

chisse pas aux dépens du donataire et elle satisfait à ce principe en lui payant la plus-value.

Cependant presque tous les auteurs admettent qu'au cas où, par exception, la dépense sera inférieure à la plus-value, le donataire ne pourra demander que la bonification de son impense. Tout ce qu'il peut exiger, dit-on dans cette opinion, c'est que la succession ne s'enrichisse pas à ses dépens ; or, ce résultat est obtenu par le remboursement de ce qu'il a dépensé pour établir les constructions. Quant à l'argument tiré du texte, on y répond en disant : ici comme ailleurs *Lex statuit de eo quod plerumque fit*, car le plus souvent la plus-value est inférieure au montant des dépenses faites pour l'obtenir.

La jurisprudence décide que, dans le cas de résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, l'indemnité à laquelle l'acheteur a droit pour les impenses utiles qu'il a faites à l'occasion de la chose vendue doit lui être payée sur le pied de la plus-value seulement, à moins que la dépense ne soit inférieure à la plus-value, auquel cas il suffit de rembourser l'impense (Cass., 22 juin 1887, Sirey, 87, 1. 244).

Faut-il reconnaître au constructeur dont le titre est résolu le droit de retenir le fonds jusqu'à ce qu'il ait été indemnisé par celui à qui la propriété fait retour ?

A notre avis, le droit de rétention ne peut être exercé en dehors des cas expressément prévus par la loi ; or, parmi les propriétaires sous condition résolutoire, le donataire qui effectue le rapport en nature de l'immeuble donné et l'acheteur à réméré sont les seuls auxquels une disposition légale accorde ce droit (art. 867 et 1673) ; nous le refuserons donc aux autres.

SECTION II

Du propriétaire sous condition suspensive.

Cette hypothèse ne se présentera que fort rarement dans la pratique; car normalement ce n'est pas le propriétaire sous condition suspensive qui, *pendente conditione*, se trouve en possession du bien. Cependant on peut supposer que, jusqu'à l'arrivée de la condition, il détient le sol à un autre titre; dans ce cas, s'il construit, par quelles règles sera régi le bâtiment ainsi élevé?

Le droit du propriétaire sous condition suspensive sur l'édifice sera de la même nature que celui qu'il a sur le sol, c'est-à-dire fort incertain et imparfait, car, *pendente conditione*, il n'est pas propriétaire du fonds, il a seulement espoir de le devenir un jour. Néanmoins, malgré l'incertitude de son droit, il est maître du terrain bâti; il peut donc faire sur le sol et sur le bâtiment tous les actes qui en général compètent au propriétaire; ainsi il a la faculté d'hypothéquer son droit (art. 2125). La condition se réalise-t-elle en sa faveur, son droit est à jamais consolidé; bien plus, il est réputé avoir toujours eu la propriété de l'immeuble (arg. art. 1179).

Mais la condition vient-elle à défaillir, son espoir de devenir propriétaire définitif et irrévocable s'évanouira et les droits qu'il avait conférés seront rétroactivement anéantis. Le propriétaire sous condition résolutoire est investi désormais de la propriété incommutable du terrain et du bâtiment. Il est incontestable qu'il pourra contraindre le constructeur à enlever ses ouvrages. Nous avons donné cette faculté en principe à l'encontre du propriétaire sous condition résolutoire; nous devons à plus forte rai-

son l'accorder à l'encontre du propriétaire sous condition suspensive, car le propriétaire sous condition résolutoire est du moins propriétaire intérimaire lorsqu'il bâtit ; son droit sur le sol est moins imparfait, plus certain que celui du propriétaire sous condition suspensive.

Si les édifices élevés par le propriétaire sous condition suspensive sont maintenus sur le fonds, l'indemnité due au constructeur ne sera pas réglée par l'article 555 qu'il faut écarter en présence des rapports contractuels existant entre les parties.

Le propriétaire sous condition résolutoire devra donc rembourser au propriétaire sous condition suspensive, non pas le prix de la main d'œuvre et la valeur des matériaux, comme le maître du sol qui est en présence d'un possesseur de mauvaise foi, mais la plus-value subsistant au jour où s'ouvre le droit à l'indemnité, nul ne devant s'enrichir aux dépens d'autrui (art. 548, 1381).

D'ailleurs en général le jugement ou les parties, suivant que la résolution est judiciaire ou conventionnelle, décident du sort des constructions et fixent la somme que doit payer le propriétaire qui bénéficie de l'accomplissement de la condition à celui dont le titre est résolu pour les bâtiments qu'il a élevés durant sa propriété intérimaire.

CHAPITRE III

Des constructions élevées par un possesseur de mauvaise foi.

Qu'entend-on par possesseur de mauvaise foi ?

On nomme ainsi le possesseur qui connaît les vices du titre en vertu duquel il possède. C'est un acheteur qui a acquis un fonds de terre de quelqu'un qu'il savait ne pas en être propriétaire. Ou bien il a acheté un terrain d'un incapable, mineur, interdit, femme mariée, et il connaissait l'incapacité de l'aliénateur.

Ici le possesseur a un titre entre les mains, mais ce titre est sans valeur, il ne l'ignore pas. Il pourrait aussi se faire que le possesseur fût sans titre ; il a par exemple profité de l'absence de son voisin pour s'emparer de son immeuble.

Dans toutes ces hypothèses et d'autres analogues, le possesseur est de mauvaise foi. Néanmoins, bien qu'il sache qu'à tout moment il peut être évincé du fonds qu'il détient, il construit, comptant sur l'ignorance ou l'inaction du véritable propriétaire pour arriver à la prescription.

Tout d'abord, il importe de remarquer que, pour apprécier si le possesseur qui a bâti sur le terrain d'autrui est de bonne ou mauvaise foi relativement aux constructions qu'il a élevées, il faut se reporter non pas à la date de l'acquisition ni au moment où il est entré en possession, mais à l'époque de la confection des travaux (arg. art. 550).

Quels sont les pouvoirs du possesseur de mauvaise foi sur les constructions qu'il a créées ?

Il a évidemment sur le bâtiment par lui édifié les mêmes droits que ceux qu'il a sur le sol et il n'a que ceux-là.

Il n'est pas propriétaire du terrain, il ne l'est pas de la superficie qui, de même que le fonds auquel elle adhère, appartient au maître de ce fonds ; il jouit donc des constructions par lui établies au même titre qu'il jouit du sol.

Il a sur ces édifices un droit de possession comme il a un droit de possession sur le terrain, réel selon la majorité des auteurs, et immobilier puisqu'il s'applique à un immeuble.

D'après d'autres, n'ayant aucun droit dans le sol, il ne peut prétendre à aucun droit réel sur la construction.

Cette question de savoir si la possession est un droit réel, agitée déjà par les jurisconsultes romains, est encore discutée de nos jours.

Mais, quel que soit le parti que l'on prenne sur le caractère et les effets juridiques du droit de possession, le constructeur de mauvaise foi qui possède le sol sur lequel il a édifié a l'*animus domini* ; il jouira donc, à l'occasion de ce sol et de la construction qui en est devenue un accessoire, de tous les avantages attachés à la possession d'un immeuble.

Il n'est pas détenteur à titre précaire ; il s'ensuit qu'il pourra exercer les diverses actions possessoires, complainte, réintégrande, dénonciation de nouvel œuvre. Ainsi il jouira de la complainte pour être maintenu dans la possession de son bâtiment, quel que soit l'auteur du trouble, alors même qu'il serait causé par le véritable propriétaire de l'immeuble qu'il possède, pourvu que sa possession soit au moins annale et satisfasse aux conditions requises par l'art. 2229 C. civ., tous caractères d'ailleurs que le juge apprécie souverainement.

Il y a plus : les art. 23 du C. de pr. et 2229 du C. civ., ainsi que les principes généraux du droit, semblent n'autoriser aucune distinction entre la complainte et la réintégrande ; pour celle-ci comme pour celle-là, les conditions

à remplir sont les mêmes, et le constructeur qui, ne possédant que depuis quelques mois le terrain sur lequel il a bâti, s'en verrait dépouiller, ne pourrait réclamer que des dommages-intérêts.

Mais cette assimilation est très-vivement contestée ; beaucoup d'auteurs et une jurisprudence presque unanime dispensent de toutes ces conditions celui qui a été spolié, le faisant bénéficier de la maxime : « *Spoliatus ante omnia restituendus.* »

Il en résulte que le possesseur de mauvaise foi qui ne posséderait pas depuis au moins une année le terrain sur lequel il a construit pourra, au moyen de la réintégrande, se faire remettre en possession du terrain dont il aura été dépouillé violemment et par suite de la construction qui en est une partie intégrante.

Le possesseur de mauvaise foi est présumé propriétaire de la construction aussi bien que du sol sur lequel elle est assise, et cette présomption subsistera, quant à la construction, jusqu'au moment où le véritable propriétaire aura établi son droit de propriété sur le terrain (art. 553 C. civ.).

Il pourra, si sa possession est suffisamment continuée, usucaper le terrain sur lequel il a bâti et devenir ainsi propriétaire incommutable du bâtiment qu'il a élevé (art. 2262).

En résumé, le possesseur qui a construit a sur l'édifice qu'il a créé toutes les prérogatives qui sont attachées en général à la possession d'un immeuble.

Quels seront maintenant les droits du propriétaire du fonds ?

Aux termes des art. 546, 551, 552 et 553, il est propriétaire des bâtiments qui ont été élevés sur son terrain par le possesseur de mauvaise foi. Mais il n'est pas tenu de conserver ces constructions dont il est devenu le maî-

tre. Il a le choix ou de les garder pour lui et de revendiquer son terrain dans l'état où il se trouve, avec les édifices qui y ont été ajoutés par le possesseur, ou d'obliger celui-ci à démolir et à enlever à ses frais ce qu'il a édifié ; il aura même le droit de lui réclamer des dommages-intérêts si son terrain a été détérioré par la construction du bâtiment ou par sa démolition (art. 555).

Si le propriétaire du sol oblige le constructeur à enlever ce qu'il a peut-être édifié à grands frais, celui-ci ne pourra pas se plaindre. D'une part en effet le maître du terrain ne fait qu'user du droit qui lui est conféré par la loi ; or « *neminem lædit qui suo jure utitur* ; » d'ailleurs, il ne s'enrichit pas au détriment du constructeur. D'un autre côté, le possesseur de mauvaise foi n'ignorait pas qu'à tout moment il pouvait être forcé d'abandonner le fonds et par suite ses ouvrages, sur la réclamation du véritable propriétaire. En construisant sur un terrain qu'il savait appartenir à autrui, il a commis une faute ; il est juste qu'il en subisse les conséquences et il n'a qu'à s'en prendre à lui-même de ce qui arrive.

Le maître du fonds a donc la faculté de contraindre le constructeur de mauvaise foi à supprimer ses ouvrages. Mais, bien qu'il puisse se justifier en équité et en raison, ce droit n'est-il pas en contradiction avec le principe posé dans l'art. 554 ?

Lorsque c'est le propriétaire du sol qui a fait des constructions avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, la loi ne permet point au propriétaire des matériaux de demander la destruction des travaux pour reprendre ses matériaux. Cette disposition qui semble porter une grave atteinte au droit de propriété s'explique par un motif juridique et aussi par de puissantes raisons d'intérêt privé et d'intérêt public.

Que voyons-nous ici au contraire ? La même loi auto-

risant le propriétaire du sol, lorsque c'est un tiers qui a fait les ouvrages avec ses matériaux, à exiger la destruction des bâtiments, destruction dans laquelle tous les matériaux transformés en décombres vont perdre considérablement de leur valeur et la main-d'œuvre s'anéantir tout-à-fait, l'autorisant par exemple à forcer le constructeur de démolir un magnifique hôtel dont l'établissement a coûté des sommes considérables. Un tel droit n'est-il pas rigoureux, barbare même ? Et pourquoi la loi qui le repousse dans l'art. 554 le donne-t-elle dans l'art. 555 ?

Il faut bien reconnaître que cette objection ne manque pas de gravité. Cependant il n'est pas impossible d'expliquer et de justifier la différence qu'a établie le législateur entre les deux hypothèses, de telle sorte qu'il n'y a véritablement pas contradiction de principes dans la loi.

Tout d'abord, l'atteinte portée au droit de propriété a paru beaucoup plus grave dans le cas de l'art. 555 que dans celui de l'art. 554.

Les rédacteurs du Code civil ont considéré, en outre, que l'intérêt général demandait que le possesseur qui a construit sciemment sur le terrain d'autrui fût soumis à une réparation exemplaire et subit la peine de sa mauvaise foi.

Nous ajouterons ensuite et surtout qu'il pourrait être souvent très onéreux pour le propriétaire du sol d'être obligé de conserver pour lui, par conséquent de payer des travaux qu'il n'aurait pas faits, qu'il n'aurait pas voulu faire, quand même cela eût été en son pouvoir, et qu'il ne serait pas équitable de lui imposer nécessairement une pareille obligation vis-à-vis d'un possesseur de mauvaise foi qui sans doute éprouvera un préjudice considérable, mais qui, après tout, s'est mis lui-même, de son plein gré, dans la position où il se trouve.

Au contraire, dans l'hypothèse de l'art. 554, la loi ne

fait aucun tort au propriétaire des matériaux en lui refusant le droit d'enlèvement, car, grâce à l'indemnité qui lui sera payée, il pourra se procurer très-facilement des matériaux équivalents ou même préférables à ceux qu'il retirerait de la démolition de l'édifice.

Quoiqu'il en soit, on ne peut s'empêcher de trouver que le droit d'enlèvement accordé au propriétaire du sol, bien qu'il puisse se justifier, est d'une excessive rigueur ; on ne devra donc le donner que si on est absolument dans les cas prévus par la loi.

Ainsi on ne l'accordera au propriétaire du terrain que s'il établit la mauvaise foi du constructeur, car « *la bonne foi est toujours présumée et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à le prouver* » (C. Civ. art. 2268). Si donc le maître du sol ne prouve pas suffisamment la mauvaise foi du possesseur de son fonds, l'action en démolition devra lui être refusée.

De même, le propriétaire du fonds ne pourra prétendre au droit de destruction que s'il s'agit d'ouvrages nouveaux, exécutés sur un sol nu.

Supposons un possesseur qui a construit sur un terrain vague, absolument dépourvu de bâtiments. C'est l'hypothèse visée par l'art. 555, on peut même dire la seule qu'il ait directement prévue. Il est hors de doute que, dans ce cas, le maître du sol aura la faculté d'exiger l'enlèvement des constructions.

Mais ce que le possesseur a fait, ce sont des réparations nécessaires à des ouvrages préexistants ; il a par exemple reconstruit un gros mur menaçant ruine. Ou bien les travaux qu'il a exécutés, sans être commandés par une nécessité impérieuse et immédiate, peuvent être considérés comme le complément intelligent et utile des ouvrages antérieurs plutôt que comme un changement, une modification du terrain nu. Le propriétaire du sol ne pourrait

en obtenir la destruction, car nous ne sommes plus dans la situation que l'art. 555 a eue en vue, mais dans celle régie par l'art. 1381 ainsi conçu : « *Celui auquel la chose est restituée, doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose.* »

Le propriétaire revendiquant sera donc tenu de les conserver pour lui et de rembourser les impenses faites à leur occasion sans qu'il y ait à distinguer entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi.

Cette doctrine, qui était celle de l'ancien droit, est basée sur ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. La faute du possesseur de mauvaise foi consiste à détenir indûment l'immeuble d'autrui ; mais, en tant qu'il fait à cet immeuble les réparations nécessaires, on ne saurait dire qu'il est en faute. Observons d'ailleurs que le possesseur n'aurait pas droit au remboursement de ses impenses pour réparations dans le cas où l'ouvrage réparé n'existerait plus lors de la restitution au maître du sol, car alors celui-ci ne s'enrichirait de rien.

Il sera parfois délicat de savoir s'il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'art. 555 ou si l'on est dans le cas de l'art. 1381.

En intercalant dans ce dernier texte le mot « *utiles* » entre le mot « *nécessaires* » et le mot « *conservations* », les rédacteurs du Code civil nous semblent avoir voulu donner aux tribunaux la faculté d'entendre le mot « *nécessaires* » d'une façon un peu large. Ils pourront donc l'appliquer, même quand il ne s'agirait pas d'une nécessité immédiate, absolue, mais seulement d'une nécessité relative, eu égard à l'état des biens et à toutes les circonstances de fait.

Nous pensons donc que les magistrats auront, en cette

matière, le pouvoir d'appliquer tantôt l'art. 555, tantôt l'art. 1381, suivant les cas, et que, par conséquent, dans telle circonstance donnée, le propriétaire du sol ne pourra forcer le possesseur de mauvaise foi à détruire ce qu'il a édifié et à enlever ses matériaux.

L'art. 555 accorde au propriétaire du sol qui se trouve en présence d'un tiers constructeur de mauvaise foi l'option entre la démolition des bâtiments élevés par celui-ci ou leur maintien sur le fonds.

Si le maître du terrain préfère prendre les constructions pour lui, il sera tenu d'indemniser le constructeur, la loi ne permettant pas au propriétaire revendiquant de s'enrichir au détriment de celui qu'il évince.

Mais quelle indemnité devra-t-il payer au constructeur?

L'art. 555 répond à la question en ces termes : « *Si le propriétaire préfère conserver les constructions, il doit le remboursement des matériaux et le prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir.* »

Le propriétaire du terrain devra donc verser au constructeur une somme égale à ses déboursés, alors même, ce qui arrivera le plus souvent, que la plus-value ajoutée à son terrain serait inférieure aux dépenses qu'a faites le possesseur de mauvaise foi en matériaux et en main-d'œuvre. Il ne pourrait pas se plaindre de ce qu'il éprouve un préjudice, car il avait le droit de contraindre le constructeur à enlever à ses frais les bâtiments qu'il avait édifiés de ses deniers et à remettre les choses dans leur état primitif, en lui demandant encore des dommages-intérêts, s'il a souffert de la construction ; il ne tenait donc qu'à lui d'éviter cette perte. En gardant les constructions, il fait en quelque sorte siens les bâtiments créés sur son fonds. Il approuve et ratifie par là-même les actes du

constructeur. Celui-ci peut donc être regardé comme une sorte de gérant d'affaires dont l'administration a été bonne et profitable au maître, et qui doit en conséquence être rendu complètement indemne.

D'ailleurs, il faut remarquer que le propriétaire peut, s'il le préfère, et à moins que le contraire ne soit acquis par la force des choses, comme s'il s'agit d'un usurpateur qui s'est mis en possession par violence, car alors le fait s'imposerait, le propriétaire peut, disons-nous, considérer le possesseur de mauvaise foi comme étant de bonne foi et le traiter comme tel. La loi présume en effet la bonne foi (art. 2268). Le constructeur ne pourrait donc pas invoquer sa mauvaise foi pour prétendre à l'intégralité de ses dépenses. Il serait repoussé par la règle : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Le propriétaire sera donc quitte en lui remboursant le montant de la plus-value procurée à son terrain, mais il faudra, bien entendu, qu'il renonce à réclamer au possesseur la restitution des fruits.

Souvent aussi le propriétaire du sol, ayant le droit d'obliger le constructeur de mauvaise foi à démolir, en usera comme d'une menace pour le forcer à accepter une indemnité même inférieure à la plus-value et à lui abandonner son bâtiment pour un prix relativement peu élevé. De cet arrangement il résultera qu'en fait le constructeur ne sera pas remboursé de toutes ses impenses par le propriétaire du fonds, ainsi que le veut l'art. 555-3^o.

Il arrivera fréquemment encore que le constructeur ne pourra pas réclamer le remboursement intégral de ses impenses, en raison de ce dont il est obligé de faire état au propriétaire revendiquant.

Il est tenu envers celui-ci à l'occasion des fruits qu'il a perçus indûment, car le possesseur de mauvaise foi doit restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique.

On décide même qu'il sera obligé de restituer non seulement les fruits qu'il a perçus, mais même ceux qu'il a négligé de percevoir, *fructus quos percipere poterat* (Cass., 2 avril 1878, Sirey, 79, 1, 261).

En outre, il peut devoir une indemnité au propriétaire à raison des détériorations qu'il a fait subir à la chose; par exemple, tout en construisant sur une partie du fonds, il a commis des dégradations sur l'autre.

Mais il convient d'ajouter que, d'autre part, le possesseur de mauvaise foi peut avoir effectué les réparations d'entretien; il devra lui être tenu compte des dépenses qu'il a faites à cette occasion; il a payé les contributions, et l'art. 548 oblige le propriétaire revendeur, auquel sont restitués les fruits de la chose, à rembourser au possesseur les charges de ces fruits qu'il a acquittées. *Non sunt fructus nisi deductis impensis*.

Il faudra donc faire un total des diverses dettes à la charge du constructeur, et la compensation s'opérera, jusqu'à concurrence, entre elles et les sommes dont le propriétaire lui doit le remboursement.

En résumé, la situation que la loi fait au constructeur de mauvaise foi est rigoureuse. Si, en effet, le propriétaire opte pour la démolition et oblige le possesseur à détruire ce qu'il a édifié, le prix que celui-ci pourra retirer de la vente des matériaux suffira souvent à peine pour raser le sol et rétablir les lieux dans leur état primitif; dans beaucoup de cas, il pourra même être condamné à des dommages-intérêts pour le défaut de jouissance subi par le propriétaire du sol et pour le tort que ces changements ont fait à son terrain.

Sa position n'est pas plus belle lorsqu'au contraire le maître du fonds veut conserver pour lui la construction élevée par le possesseur de mauvaise foi. Dans ce cas, celui-ci est à la discrétion, à la merci du propriétaire

du sol qui, par la mercede de la démolition, obtiendra souvent la construction pour un prix peu élevé et bien inférieur aux impenses faites pour son établissement.

Mais le possesseur de mauvaise foi ne pourra-t-il pas se faire indemniser de cette perte qu'il subira dans l'un et l'autre cas ? Il faut distinguer.

Il pourra être couvert du préjudice, lorsqu'il aura une action récursoire en garantie contre celui dont il tient le fonds. Dans l'hypothèse contraire, il devra le supporter définitivement.

Possède-t-il le fonds, par exemple en qualité de donataire ou de légataire, il n'aura pas, d'après le droit commun, d'action en garantie contre le donateur : « *donator de evictione non tenetur*. » Il ne pourra donc pas se faire indemniser en raison de la perte qu'il éprouve à l'occasion de sa construction.

S'il est acquéreur à titre onéreux, s'il a acheté le fonds, nous adopterons encore la même solution lorsqu'il a su en contractant que le fonds n'appartenait pas au vendeur, car, pour que l'acheteur ait droit, outre la restitution de son prix, aux dommages-intérêts dont les termes sont indiqués par les art. 1630, 1634 et 1635 C. civ., il faut qu'il soit de bonne foi (art. 1599).

Le propriétaire sur le fonds duquel des constructions ont été élevées par un possesseur de mauvaise foi peut incontestablement réclamer les fruits produits par ces constructions, les loyers par exemple, car ces fruits ont été produits par son terrain dont les bâtiments sont devenus l'accessoire.

Mais l'équité exige que, de son côté, il soit tenu de rembourser les intérêts de la somme que les travaux ont coûté au possesseur, à compter du jour où il l'a déboursée. Autrement le propriétaire s'enrichirait aux dépens du possesseur. Il devra donc déduire ces intérêts

des fruits perçus par le possesseur de mauvaise foi.

On pourrait toutefois faire une objection à cette doctrine : en l'absence d'une convention, les intérêts ne courent en faveur d'un créancier qu'en vertu d'une demande en justice, lorsque la loi ne les fait pas courir de plein droit (art. 1153) ; or, dans notre hypothèse, aucune convention n'est intervenue entre le propriétaire et le constructeur ; d'autre part, il n'existe aucun texte accordant au constructeur des intérêts au profit de sa créance.

Nous répondrons qu'il ne s'agit pas ici de véritables intérêts, car alors il serait vrai de dire que la loi seule ou la convention les fait courir à l'avantage du créancier, mais bien du règlement de l'indemnité qui est due par le propriétaire du sol au possesseur même de mauvaise foi (Cass., 9 décembre 1839, Sir., 40, 1, 66).

Le propriétaire du sol opte pour le maintien des constructions élevées par un tiers possesseur de mauvaise foi. Celui-ci peut-il, jusqu'au remboursement effectué de l'indemnité qui lui est due par le maître du terrain, retenir l'immeuble qu'on revendique contre lui ?

Les auteurs sont divisés sur la question. L'absence de dispositions législatives complètes sur le droit de rétention, matière qui est pourtant d'un grand intérêt pratique, a donné lieu à plusieurs systèmes.

Les uns décident que le possesseur de mauvaise foi n'a pas le droit de rétention.

D'autres le lui accordent.

D'après une troisième opinion, il faut distinguer : tantôt le possesseur de mauvaise foi jouira du droit de rétention, tantôt il en sera privé. Les juges devront décider d'après les circonstances. Cependant en principe ils refuseront le droit de rétention au possesseur.

Les partisans du premier système raisonnent ainsi :

Qu'il engendre ou non un droit de suite, qu'il constitue ou non un véritable droit réel, la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que le droit de rétention peut être exercé non seulement contre les créanciers chirographaires, mais encore vis-à-vis de l'acquéreur et des créanciers hypothécaires. Si l'on admet ce point de départ, il est difficile de ne pas convenir que le droit de rétention constitue une cause de préférence.

Sans doute, sous un rapport, il est *moins* qu'un privilège, car le créancier au profit de qui il existe ne peut pas, comme le pourrait un créancier privilégié, réaliser son gage au moment qu'il lui plaît de choisir pour se payer par préférence à tous autres sur le prix. Ainsi que son nom l'indique, ce droit autorise un créancier à retenir la chose à l'occasion de laquelle est née sa créance ; or, dans le sens naturel et précis du mot « *rétention* », nous trouvons renfermée l'idée que cet avantage est subordonné à la possession. Celui-là seul qui possède a la faculté de retenir. Aussi le droit de rétention s'évanouit-il avec la possession. Il s'ensuit que le créancier rétentionnaire doit bien se garder de se faire autoriser à vendre la chose, car, en provoquant la vente, il renoncerait implicitement à son droit de rétention et perdrait par suite le bénéfice qui y est attaché ; il serait obligé de subir le concours des autres créanciers.

Mais, sous d'autres rapports, le droit de rétention est *plus* qu'un privilège ; car, grâce à lui, le créancier qui en est investi sera payé à l'exclusion des autres. Si c'est le débiteur qui veut reprendre sa chose sans payer sa dette, le créancier paralysera son action en lui opposant le droit de rétention. Si ce sont les autres créanciers du débiteur qui veulent la saisir et la faire vendre pour se payer sur le prix, ils ne pourront forcer le rétenteur à se dessaisir au profit de l'adjudicataire qu'à la condition de

souffrir sur le prix de l'adjudication la déduction d'une somme suffisante pour payer le rétenteur.

Finalement, le droit de rétention se résume, indirectement si l'on veut, mais indubitablement, en une cause de préférence au profit d'un créancier à l'encontre des autres créanciers.

Or il est un principe qui domine la matière des sûretés réelles, c'est que les privilèges sont de droit étroit et qu'il n'existe pas de préférences sur le prix d'une chose par rapport aux autres créanciers sans un texte précis de loi, la règle générale étant que tous les créanciers d'un même débiteur sont sur la même ligne (art. 2092 et 2093).

Comme les textes sont muets au sujet du possesseur de mauvaise foi, il ne faut pas hésiter à lui refuser le droit de rétention.

Dans le deuxième système qui accorde le droit de rétention en toute hypothèse, quand bien même le possesseur serait de la plus mauvaise foi, quand même il serait un usurpateur, on raisonne de la manière suivante :

Le droit de rétention n'existe pas seulement dans les cas où la loi l'a formellement consacré ; il est général, de droit commun. Fondé sur l'équité, ce droit existe sans qu'il ait besoin d'être consacré par une disposition législative, toutes les fois que le détenteur de la chose d'autrui est créancier à raison de la chose qu'il détient. L'équité ne permet pas qu'il soit obligé de restituer cette chose sans être remboursé de ses impenses.

On doit donc accorder ce droit au possesseur de mauvaise foi, parce que les trois conditions sur lesquelles repose le principe même du droit de rétention se trouvent réunies dans cette hypothèse.

Il y a en effet ici : 1^o détention d'une chose ; 2^o obligation de restituer cette chose par le détenteur à son propriétaire ; 3^o obligation à la charge du maître du fonds de

rembourser au possesseur de mauvaise foi les impenses qu'il a faites à l'occasion de cette chose.

On ajoute qu'on doit d'autant plus adopter cette solution que notre ancien droit reconnaissait formellement le droit de rétention au tiers possesseur.

La troisième opinion est d'accord avec la première sur le principe : pas de préférence sans texte ; mais elle fait fléchir la règle lorsque le possesseur est dans une situation très-favorable.

En refusant dans tous les cas et quand même le droit de rétention au possesseur de mauvaise foi, on le place, disent les partisans de ce système, dans une position qui pourrait être extrêmement dommageable pour lui.

On risque de lui faire perdre sa créance entière, et cependant, bien que connaissant les vices qui ont empêché la translation de la propriété de s'effectuer à son profit, il peut, dans telle circonstance donnée, n'être pas très-répréhensible d'avoir construit. C'est par exemple un possesseur qui a acquis sciemment le terrain d'un mineur, sans observer, à la vérité, les formalités prescrites par la loi, mais pour le prix que valait cet immeuble, après avoir obtenu du tuteur la promesse de ratification par le mineur, et qui a construit sur le sol acheté par lui dans ces conditions.

Lorsque le mineur devenu majeur actionnera le possesseur en délaissement de l'immeuble et en aura été remis en possession, il n'aura peut-être rien de plus pressé, s'il a besoin d'argent, que de vendre le fonds pour en soustraire le prix à l'action en répétition de la part du possesseur.

Dans cette hypothèse et dans telle autre qu'on pourrait faire, où le possesseur, bien qu'il ait construit sur un fonds qu'il savait appartenir à autrui, n'a pas une grande imprudence à se reprocher, il serait à coup sûr inique qu'il pût

être condamné à restituer au propriétaire qui ne lui aurait pas encore remboursé ses indemnités la possession d'un immeuble auquel ses constructions ont procuré une plus-value.

Mais comme, après tout, le droit de rétention ne repose pas sur un texte formel, on admet, dans cette opinion, le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ; on s'en remet à leur sagesse et à leur prudence. Cependant, en principe, ils devront refuser cet avantage au possesseur.

Ainsi ils ne l'accorderont pas quand le possesseur sera un *proædo*, ou lorsque sa créance ne courra aucun risque, le propriétaire du sol pouvant fournir des sûretés suffisantes pour le payement de l'indemnité.

Au contraire ils pourront décider que le possesseur sera fondé à retenir l'immeuble jusqu'au remboursement de l'impense, quand il y aura lieu de craindre par exemple que le maître du sol, insolvable peut-être, une fois remis en possession, ne se hâte de vendre son fonds pour en dissiper le prix.

Malgré ces raisons, nous croyons que le premier système doit être adopté.

Que notre décision ne donne pas toujours satisfaction à l'équité, en ce sens qu'elle refuse le droit de rétention à des créanciers dont la cause peut, dans telle circonstance donnée, être très-favorable, cela est possible et nous ne voulons pas le méconnaître. Mais c'est là, en tous cas, une objection assurément d'ordre secondaire. Au législateur seul il appartient de créer des causes de préférence, et, s'il a rempli cette tâche d'une manière imparfaite, ce n'est pas à l'interprète à réformer son œuvre.

Les partisans de l'application extensive du droit de rétention sont d'ailleurs loin de s'entendre au sujet des conditions nécessaires pour l'obtention de ce droit.

D'après les uns, une seule condition est exigée pour

que le droit de rétention puisse être reconnu à un créancier, à savoir le *debitum cum re junctum*, le lien, le rapport, la connexité qui existe entre la chose retenue et la créance du rétenteur.

Cette condition se rencontre en effet, dit-on, dans toutes les hypothèses où la loi accorde le droit de rétention.

D'autres exigent, outre la condition du *debitum cum re junctum*, que la créance résulte d'un contrat ou tout au moins d'un quasi-contrat. On fonde cette interprétation sur ce que le droit de rétention n'est qu'une application particulière de la règle générale que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (art. 1134).

Enfin certains auteurs invoquent l'art. 1184 qu'ils étendent à toutes les conventions à titre onéreux ; le droit de rétention ne serait, selon eux, qu'une application particulière de cet article.

Nous répondrons que certainement les conventions doivent être exécutées de bonne foi ; mais il ne résulte nullement de ce principe qu'il faille accorder à l'une des parties, à raison de la fraude pratiquée par l'autre, une cause de préférence, un droit opposable aux tiers.

Quant à la résolution prévue par l'art. 1184, elle est à coup sûr toute autre chose que le droit de rétention.

Nous remarquerons enfin qu'aucun texte de notre Code n'a reproduit les dispositions de nos anciennes ordonnances, notamment de celle de 1667, titre 27 art. 9, qui accordaient le droit de rétention au possesseur évincé d'un héritage.

Dans le silence de la loi, nous dirons donc que le possesseur de mauvaise foi devra restituer immédiatement l'immeuble qu'il détient à son véritable propriétaire, sans pouvoir exiger le paiement préalable de l'indemnité qui lui est allouée pour ses constructions.

La jurisprudence est incertaine sur la matière. Elle

accorde le droit de rétention au constructeur de bonne foi ; elle le refuse au constructeur de mauvaise foi (Bastia, 9 juillet 1856 : Sirey 56, 2, 204 ; Grenoble 10 juillet 1860 : Sirey, 61, 2, 21).

Selon le Code civil italien, le possesseur de mauvaise foi peut seul être contraint à l'enlèvement (art. 450).

Le possesseur de bonne ou de mauvaise foi ne peut réclamer pour ses améliorations que la somme la plus faible entre les impenses et la plus-value subsistant (art. 705).

CHAPITRE IV

Des constructions élevées par un possesseur de bonne foi.

Une personne a acquis un fonds de terre par un contrat à titre onéreux, vente, échange, de quelqu'un qu'elle en croyait propriétaire et qui en réalité ne l'était pas ; elle est entrée en possession de ce fonds ;

Ou bien elle possède un terrain en vertu d'un legs contenu dans un testament qu'un autre testament, encore inconnu, avait révoqué ; elle détient donc le terrain sans cause et n'a pu en devenir propriétaire ;

Ou encore elle a reçu l'immeuble par donation entrevifs de quelqu'un qui en est propriétaire ; mais la donation est faite par acte sous seing privé, nulle par conséquent, inexistante même (arg. art. 931 C. civ.) ; elle croit que les donations faites en cette forme sont valables et elle a la persuasion que la propriété du bien lui est acquise.

D'une manière plus générale, c'est une personne qui a été victime d'une erreur. Son erreur a son origine dans un acte ou un contrat qu'elle a cru translatif de propriété et qui n'a pas produit son effet, soit parce que l'acte est entaché de nullité, soit parce que l'aliénateur n'a pas qualité pour le passer, soit encore parce que le bien est inaliénable.

Dans la conviction où elle est que la propriété de la chose lui appartient, cette personne élève une construction sur le terrain dont elle a été mise en possession.

Quels seront le sort du bâtiment et la position du possesseur ?

Tant que le véritable propriétaire du sol n'aura pas revendiqué, le possesseur de bonne foi, comme celui de mauvaise foi, aura sur la construction qu'il a édifiée un droit de même nature que celui qu'il a sur le fonds, réel et immobilier suivant la majorité des auteurs.

De même que le possesseur de mauvaise foi, il aura les actions possessoires, complainte et réintégrande, pour défendre sa construction. Comme lui, grâce à la présomption de l'art. 553, il sera présumé propriétaire de l'édifice aussi bien que du sol, et ce sera au propriétaire véritable à faire la preuve de son droit.

Comme le possesseur de mauvaise foi, attendu qu'il possède le bâtiment par lui élevé au même titre que le sol, le possesseur de bonne foi pourra espérer devenir propriétaire incommutable de sa construction, en acquérant la propriété du terrain par l'usucapion. Cette prescription s'accomplira en sa faveur au bout de 10 à 20 ans (art. 2265).

Plus généralement, il jouira de tous les avantages attachés à la possession.

Mais, pas plus que le possesseur de mauvaise foi, il n'aura la propriété de la construction. Pas plus que lui, il ne pourra prétendre, malgré sa bonne foi, même à un droit de co-propriété sur ce bâtiment, par indivision avec le propriétaire du sol.

Sa situation n'est donc pas plus belle que celle du possesseur de mauvaise foi en ce qui concerne la question de propriété. Hâtons-nous de dire qu'à un autre point de vue la loi le traite d'une manière bien plus favorable.

Nous avons vu que le maître du sol qui se trouve en présence d'un constructeur de mauvaise foi peut contraindre celui-ci à démolir les bâtiments qu'il a édifiés et à rétablir à ses frais les choses en leur premier état.

Le constructeur de bonne foi, au contraire, ne peut être forcé de détruire les ouvrages qu'il a créés. Le propriétaire du sol est constitué propriétaire, en quelque sorte obligé, des édifices que le possesseur de bonne foi a élevés sur son fonds. En rentrant en possession de son terrain, il devra prendre pour lui les bâtiments que ce dernier a établis.

Cette différence entre le constructeur de bonne foi et celui de mauvaise foi résulte de l'art. 555 dont le dernier alinéa est ainsi conçu : *« Néanmoins, si les constructions ont été faites par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression des constructions ; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur. »*

Il faut reconnaître que cette importante distinction entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi est exprimée d'une façon assez défectueuse. La première partie de l'article 555 ne l'indique nullement, car elle est conçue dans les termes les plus généraux, et ce n'est qu'à la fin de l'article, dans son dernier alinéa, que les rédacteurs ont ajouté une phrase qui, à elle seule, modifie profondément les deux premiers alinéas dans ce qu'ils ont d'absolu, et qui, loin d'y faire suite, s'en sépare au contraire pour former, à elle seule, la deuxième branche de la distinction consacrée par l'article.

Ce vice de rédaction s'explique par ce fait que l'alinéa final, à partir du mot *« néanmoins, »* n'a été ajouté qu'après coup.

Le projet de l'art. 555 ne contenait pas de disposition spéciale visant le possesseur de bonne foi. Tous les possesseurs étaient traités de la même façon et le droit de

faire enlever les travaux, s'il ne préférerait les garder à charge de rembourser au constructeur le montant de ses impenses, était accordé au propriétaire du sol aussi bien à l'encontre du possesseur de bonne foi qu'à l'encontre du possesseur de mauvaise foi. Mais cette faculté parut à la section du Tribunat « *trop dure à l'égard du possesseur de bonne foi* ; » en conséquence le Conseil d'Etat, voulant faire droit à cette observation, se borna à ajouter la dernière phrase, au lieu de refondre complètement l'article.

Le législateur a donc fait une situation plus favorable au possesseur de bonne foi qu'au possesseur de mauvaise foi. On ne peut qu'approuver sa décision. La situation du possesseur de bonne foi est en effet particulièrement intéressante ; il a cru devenir propriétaire et son erreur a été invincible. Le possesseur de mauvaise foi au contraire devait s'abstenir de bâtir ; il n'ignorait pas que, possédant sans titre ou en vertu d'un titre dont il connaissait les vices, il pouvait à tout instant être évincé du fonds et de la construction qu'il s'aviserait d'y élever.

Mais la faveur que mérite le constructeur de bonne foi se trouve suffisamment consacrée par la garantie que lui donne la loi de ne jamais être tenu à démolir les travaux qu'il a faits. Le législateur ne pouvait pas, sans violer l'équité, après avoir contraint le propriétaire du sol à prendre pour lui des bâtiments dont il n'a peut-être que faire, l'obliger à rembourser au constructeur le montant intégral de ses dépenses en matériaux et en main-d'œuvre, car, le plus souvent, elles sont supérieures à la plus-value procurée au terrain par les édifices. Aussi lui a-t-il accordé le choix de rembourser au possesseur de bonne foi une somme égale à la plus-value ou le montant de ses impenses.

Tout ce que l'équité exige, c'est que le propriétaire du sol ne s'enrichisse pas aux dépens du constructeur ; or il

satisfait à cette loi quel que soit le parti qu'il prenne ; dès lors le constructeur n'a pas à se plaindre.

Nous transcrivons de nouveau le texte qui organise le droit d'option accordé au propriétaire du fonds :

« Néanmoins, si les constructions ont été faites par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression des dits ouvrages et constructions ; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur » (art. 555 in fine).

Le propriétaire prendra évidemment le premier parti lorsque, par exception, la plus-value donnée au fonds sera supérieure au montant des dépenses faites par le constructeur.

Il prendra au contraire le second, quand la plus-value sera inférieure à l'impense.

Mais en quoi doit consister cette augmentation de valeur et de quelle manière faut-il l'apprécier ?

En règle générale il faut, comme l'enseignait Pothier (de la Prop. n° 348), considérer l'augmentation de valeur vénale que les constructions ont ajoutée au fonds, la plus-value qui serait réalisable en argent si l'immeuble était aliéné. C'est là en effet la plus-value utile, celle dont profite le propriétaire du sol au jour où s'ouvre le droit à l'indemnité. Cette règle, conforme à ce qui se pratique presque toujours en fait, est exempte d'arbitraire et d'une application sûre et facile.

Mais elle n'est pas obligatoire pour les tribunaux ; ils peuvent la suivre ou s'en départir suivant les circonstances de la cause.

C'est ainsi que la Cour de cassation y a dérogé dans une espèce particulière : Il s'agissait d'une propriété qui,

se trouvant hors du commerce à raison de sa destination toute spéciale (*le Mont-Valérien, Société des prêtres missionnaires de France*), ne devait pas être vendue ; il n'était par suite guère possible d'apprécier, sous le rapport vénal, l'augmentation de valeur ajoutée à la propriété par des constructions faites de bonne foi et qui étaient même une charge imposée aux missionnaires par l'ordonnance du 13 septembre 1822.

La Cour suprême a décidé, avec raison selon nous, que, dans l'espèce, la plus-value à rembourser aux tiers constructeurs de bonne foi devait consister non pas dans la plus-value vénale, mais dans la plus-value *intrinsèque et utile*, c'est-à-dire dans la plus-value qu'avaient les constructions par rapport au propriétaire du sol, en dehors de toute augmentation de prix au cas d'aliénation (Cass. 26 juillet 1838 : Dev. 1838, 1, 781).

A quel moment faut-il se placer pour établir la plus-value ?

A l'époque où le maître du sol reprend son immeuble, et non à l'époque de l'exécution des travaux. En effet le principe et la raison d'être de l'indemnité, c'est l'enrichissement du propriétaire. Or celui-ci ne s'enrichit qu'autant que la plus-value existe encore lorsqu'il rentre en possession de son terrain. Si elle a diminué, il ne rembourse que ce qu'il en reste. A-t-elle disparu, il n'a rien à payer.

Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens (art. 549). Sera-il obligé de compenser l'indemnité qui lui est due par le propriétaire avec les fruits qu'il a perçus durant sa jouissance ?

Selon nous, il faut répondre négativement.

En effet, la compensation suppose deux dettes réciproques, deux personnes qui sont respectivement débitrices l'une de l'autre (art. 1289 et 1290). Or on voit bien ici une dette du propriétaire du sol envers le constructeur ; mais

celui-ci ne doit rien au propriétaire du sol à raison des fruits, puisqu'il les a gagnés.

Dans un autre système, on admet la compensation des fruits avec l'indemnité.

Cette opinion s'appuie sur le droit romain et sur notre ancienne jurisprudence.

Quelques lois romaines décidaient en effet l'affirmative (L. 48 *Dig. de rei vind.* ; L. 37 *Dig. de her. pet.*).

On disait que si le propriétaire d'un fonds ne peut réclamer la construction élevée sur son terrain sans indemniser le constructeur de bonne foi, d'autre part l'équité exige que ce possesseur ne puisse s'enrichir avec les fruits qu'il a employés à édifier cette construction ; il est donc juste qu'il y ait, à due concurrence, compensation entre les fruits et les impenses.

Or cette solution, qui était celle de Pothier (de la propr. nos 343 et 349), doit, dit-on, être adoptée encore aujourd'hui, car le Code ne l'a pas abrogée.

Cette doctrine nous semble devoir être rejetée.

Si le droit romain et beaucoup d'auteurs, dans notre ancienne législation, admettaient cette compensation, c'est qu'elle était rationnelle alors.

En effet, d'une part le possesseur de bonne foi ne faisait siens que les fruits consommés : *de fructibus consumptis agere non potest*, disait Justinien en parlant du propriétaire revendiquant (Inst. Just., Liv II, t. I § 35). Le possesseur de bonne foi devait donc tenir compte des fruits *exstantes* au maître du sol.

D'autre part on présumait, en droit romain et dans notre ancien droit, que les fruits perçus par le possesseur de bonne foi avaient été employés à élever la construction et que, par conséquent, ils étaient encore *exstantes*.

Il est hors de doute que notre Code a repoussé ce principe et la présomption sur laquelle il était basé.

Tout d'abord, il n'a pas reproduit la distinction qu'on faisait entre les fruits existants et les fruits consommés. Cela résulte à l'évidence de l'article 549 qui dispense d'une manière absolue le possesseur de bonne foi de toute restitution de fruits.

En outre il est incontestable que la présomption du droit romain et de notre ancien droit n'est plus admise dans notre Code ; les motifs essentiels sur lesquels est fondé l'article 549 le prouvent surabondamment. Pourquoi en effet laisse-t-on les fruits au possesseur de bonne foi ? C'est parce que l'on présume qu'il les a dépensés pour ses besoins journaliers, au fur et à mesure qu'il les a perçus, *lautius vivendo* ; or il est clair que s'il les a consommés, il n'a pu les employer dans la maison qu'il a bâtie. S'il a construit, c'est avec ses capitaux, ses deniers personnels, qu'il a payé les matériaux et les ouvriers.

Les conditions requises pour qu'il y ait compensation font donc défaut.

Nous ajouterons que l'article 549 est formel ; il dispense le possesseur de bonne foi de toute restitution de fruits ; on ne pourrait, sans violer le texte même de la loi, le soumettre indirectement à une restitution véritable sous la forme d'une imputation des fruits sur les sommes à lui dues pour cause d'impenses (Pau, 29 juillet 1868, D. 68, 2, 239).

Marcadé propose un système intermédiaire. D'après cet auteur, la compensation n'est pas possible en principe. Cependant il l'admet dans le cas où il serait établi en fait que « le possesseur, sans faire pour lui plus de dépenses que s'il n'avait pas recueilli les fruits, ne s'en servait que pour construire, et s'il était ainsi prouvé que les ouvrages sont réellement la représentation des fruits exclusivement employés à cet objet. »

Ce système doit être rejeté. Le texte de la loi est absolu

et n'autorise pas de semblables recherches dans le patrimoine et les habitudes du possesseur qui serait ainsi obligé de justifier de l'emploi de ses revenus.

Nous venons de voir que le propriétaire du sol, en présence d'un constructeur de bonne foi, a le choix de rembourser l'impense ou de bonifier la plus-value. Cette option entre l'augmentation de valeur et les dépenses faites pour la créer constitue une importante différence avec le traitement réservé par l'article 555 au possesseur de mauvaise foi et, chose bizarre !, la loi semble, au premier abord, traiter avec plus de faveur ce dernier que le possesseur de bonne foi, en ce qui concerne le règlement de l'indemnité.

En effet, si le constructeur est de bonne foi, il ne recevra guère que la plus-value. Est-il au contraire de mauvaise foi, il pourra réclamer le montant intégral de ses impenses. Un tel résultat, tout à l'avantage de l'usurpateur, est assurément injuste, et il y a inconséquence entre ces deux dispositions de la loi, dans le même article.

Il n'en est rien ; l'antinomie n'est qu'apparente.

Il ne faut pas en effet perdre de vue que le possesseur de mauvaise foi peut être contraint à enlever ses ouvrages. C'est dans cette menace de démolition perpétuellement suspendue sur sa tête que se trouve le correctif à cette situation singulière. Devant l'éventualité d'une perte considérable, le constructeur transigera. Le propriétaire dira au possesseur : « Ces travaux qui vous ont coûté 30.000 fr. augmentent de 20.000 fr. seulement la valeur de mon fonds. Je demande que vous me les laissiez pour 15.000 fr. Si vous n'y consentez pas, enlevez vos ouvrages et rétablissez les lieux dans leur état primitif. » Le possesseur acceptera les offres à lui faites, pour éviter un plus grand mal ; il est donc en réalité à la merci du propriétaire.

Le possesseur de bonne foi au contraire n'a pas à redouter la démolition ; il est certain d'être dédommagé. Mais, afin de concilier le respect de la propriété avec les égards dus à la bonne foi, la loi, qui imposait la construction au maître du sol, a allégé son fardeau en lui faisant payer l'édifice le moins cher possible.

On ne saurait nier cependant que si le constructeur de mauvaise foi ne veut pas accepter les offres du propriétaire et si celui-ci, par intérêt ou pour un autre motif, tient à conserver le bâtiment, il devra rembourser ce qu'il a coûté, tandis qu'il n'aurait à payer que la plus-value à un possesseur de bonne foi.

L'éviction causera presque toujours un préjudice au constructeur de bonne foi ; il ne peut, à la vérité, être forcé de démolir ; mais, d'autre part, il ne recevra guère du maître du sol rentré en possession de son immeuble que la plus-value, inférieure, comme c'est l'habitude, aux impenses faites pour la produire. De même que le possesseur de mauvaise foi, il pourra être dédommagé de la perte qu'il subira, toutes les fois qu'il aura une action récursoire en garantie contre son auteur.

Lorsque le propriétaire est hors d'état de payer l'indemnité qu'il doit au constructeur de bonne foi, une opinion qui invoque l'autorité de Fothier (de la propriété n° 347) décide qu'on remplacera le paiement de la plus-value (ou des déboursés s'ils sont moins considérables) par une rente perpétuelle hypothéquée sur le terrain construit et à peu près égale à la somme dont le revenu de l'héritage a été augmenté.

Cette décision est assurément équitable ; mais, dans le silence de la loi, il paraît difficile de l'admettre.

Le constructeur de bonne foi est, d'après l'art. 555, créancier d'une indemnité ; il peut en exiger le paiement selon le droit commun, puisque la loi n'y a pas apporté de

dérogação et, par conséquent, saisir au besoin le fonds et se payer sur le prix.

La question ne se pose pas pour le constructeur de mauvaise foi puisque le propriétaire a toujours la ressource d'exiger la démolition.

Le possesseur de bonne foi a-t-il le droit de retenir le fonds et d'en refuser la restitution au propriétaire jusqu'à l'entier paiement de l'indemnité qui lui est allouée ?

Nous avons examiné cette question à propos du constructeur de mauvaise foi. Les mêmes arguments trouvent leur place ici. Le droit de rétention aboutit à un véritable privilège ; or il n'y a pas de privilège sans un texte formel. Il faut donc le refuser au possesseur de bonne foi comme nous l'avons fait pour le possesseur de mauvaise foi.

Le Code civil italien accorde en principe le droit de rétention au possesseur de bonne foi (art. 706).

CHAPITRE V

Des constructions élevées par un usufruitier.

L'usufruitier a le droit de jouir de la chose et de ses accessoires comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance (art. 578).

Le nu-propriétaire n'est tenu que d'un rôle passif à l'égard de l'usufruitier ; il ne doit pas entraver le droit de jouissance de celui-ci, mais il n'est pas obligé de le faire jouir : *tenetur in non faciendo, non in faciendo*.

Obligé de jouir de la chose en bon père de famille (art. 601), tenu de la restituer dans l'état où il l'a reçue, l'usufruitier a la faculté de faire au fonds dont il a la jouissance, les transformations « qui, sans altérer la forme de la chose, tendraient seulement à l'améliorer ou à en augmenter la valeur ; » il peut donc établir toutes les constructions qui, sans dénaturer l'immeuble, sont indispensables à sa jouissance. C'est ainsi que nous lui permettons de créer tous les édifices nécessaires à l'exploitation du domaine. Il lui est loisible de construire des bâtiments d'habitation pour les fermiers, des granges pour serrer les récoltes. On ne saurait même lui refuser le droit de bâtir une usine, si c'est un moyen de tirer un meilleur parti du fonds (Proudhon, usufruit, t. 3, n° 1122).

L'usufruitier élève des constructions sur le terrain grevé de son droit. Pendant la durée de sa jouissance, il en est propriétaire, puisqu'il peut les modifier, les transformer, les détruire même, sans restrictions ni limites, suivant son intérêt et ses convenances. D'autre part, ces bâtiments sont immeubles par leur nature dès leur incorporation au

sol (art. 518 C. c.) ; le droit de l'usufruitier sur eux est donc un droit immobilier : la propriété d'un immeuble est immobilière.

De cette prémisse résultent notamment les conséquences suivantes :

1^o L'usufruitier, ayant le droit de supprimer matériellement les bâtiments qu'il a créés, aura évidemment celui d'en disposer, en tout ou en partie, par voie d'aliénation ou par la constitution de droits réels tels qu'une hypothèque ; il pourra les donner en antichrèse ;

2^o Ses créanciers pourront saisir immobilièrement les édifices qu'il aura établis, et le droit de surenchère devra être admis ;

3^o Ces constructions ne tomberont point dans la communauté légale d'entre lui et son conjoint, à moins qu'elles n'aient été élevées pendant le mariage (arg. art. 1401 — 3^o, 1402, 1404 C. c.) ;

4^o L'usufruitier pourra, à l'occasion de ces édifices, exercer les actions qui sanctionnent le droit de propriété.

Ces conséquences s'imposent, quelle que soit l'opinion que l'on ait sur la nature du droit de l'usufruitier, quant aux bâtiments qu'il a élevés, lors de la cessation de sa jouissance, soit que l'on admette qu'il puisse prétendre au droit d'enlever ses constructions ou à une indemnité en argent, soit même qu'on lui refuse toute créance en indemnité et que l'on accorde au nu-propriétaire la faculté de retenir les bâtiments établis par l'usufruitier sans que celui-ci soit en droit de réclamer le moindre remboursement à raison de ses impenses.

Quels vont être les droits du nu-propriétaire ?

Il est hors de doute qu'il pourra contraindre l'usufruitier à démolir.

Il serait en effet souverainement injuste qu'il pût être grevé malgré lui, pour des constructions qu'il n'a pas

commandées, d'impenses considérables qui dépassent peut-être ses ressources et dont il ne désire pas profiter.

Ce droit de destruction résulte en outre des principes généraux de l'usufruit.

L'usufruitier doit en effet rendre la chose dans l'état où elle se trouvait au moment de l'établissement de son droit. Le nu-propiétaire peut donc le forcer à restituer le fonds tel qu'il se comportait lors de son entrée en jouissance et par conséquent l'obliger à enlever les travaux de construction qu'il a faits.

L'usufruitier n'aura pas à se plaindre si la démolition lui fait éprouver une perte ; car il a commis une faute ou au moins une grave imprudence en construisant sur un terrain qu'il savait ne pas lui appartenir, son titre même impliquant la reconnaissance du droit du nu-propiétaire.

Mais le nu-propiétaire pourrait-il conserver sans payer d'indemnité au constructeur les bâtiments élevés par l'usufruitier ? et dans le cas où celui-ci ne serait pas en droit de réclamer une indemnité, aurait-il au moins la faculté d'enlever les matériaux qu'il a employés dans les constructions ?

La question est très-controversée à raison de l'art. 599.

Un premier système prétend que le nu-propiétaire a le droit de conserver, sans être tenu à indemniser le constructeur, les édifices créés par l'usufruitier.

Un deuxième système soutient au contraire que l'usufruitier qui a bâti peut demander une indemnité au nu-propiétaire, conformément à l'art. 555, et que, dans le cas où ce dernier refuserait de la payer, l'usufruitier a la faculté de démolir les bâtiments et d'enlever ses matériaux, en rétablissant les lieux dans leur état primitif.

Voici les arguments invoqués à l'appui de la première opinion :

Dans le droit romain, dit-on, c'était un principe constant que l'usufruitier ne pouvait rien réclamer contre le nu-propriétaire pour les constructions et autres améliorations qu'il avait faites sur le terrain grevé d'usufruit et qu'il ne pouvait même pas les enlever : « *sed si quid incedit caverit, postea eum neque tollere hoc, neque refigere posse,* » porte la loi 15 pr. de usufr. et quemod., D. vii, 1.

Cette règle a passé dans notre ancien droit. Ferrière (coutume de Paris, art. 262), Domat et Pothier (traité du douaire n° 276) notamment l'admettaient.

Domat s'exprime ainsi : « Il (l'usufruitier) ne peut rien démolir de ce qu'il a bâti, ni ôter ni enlever que ce qui peut se conserver, étant enlevé » (Lois civiles, liv. I, tit. xi, sect. I, art. 26).

Cette doctrine de notre ancienne législation a été développée et expliquée par Pothier. Cet auteur dit notamment (loc. cit.) que : « Le droit de la douairière étant un simple droit d'usufruit, qui ne lui donne que le droit de jouir des héritages sujets à son douaire, dans l'état où ils sont, et qui ne lui donne point celui d'y construire des bâtiments, d'y faire des plantations et autres améliorations de son autorité privée, sans l'ordre du propriétaire, la douairière a été en faute de faire ces améliorations sans l'ordre du propriétaire ; et elle ne peut, en conséquence, ni elle ni ses héritiers, en avoir aucune répétition contre le propriétaire, qu'elle n'a pas dû constituer dans des dépenses qu'il ne voulait pas faire.

« On ne peut pas en ce cas opposer la règle : « *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari,* » cette règle ne devant avoir lieu que lorsque celui qui a fait les impenses dont un autre profite et dont il lui demande le remboursement, les a faites de bonne foi ; mais elle n'a pas lieu, lorsque celui qui les a faites est en faute pour

les avoir faites sans nécessité sur l'héritage d'autrui, qu'il savait être l'héritage d'autrui.

« Faute d'avoir consulté, pour les faire, le propriétaire qui n'eût peut-être pas voulu s'engager dans cette dépense, il n'en doit avoir aucune répétition ; et il doit être censé avoir voulu, en les faisant, en gratifier le propriétaire... *quia donasse videtur.* »

Pothier accorde seulement à la douairière le droit d'enlever les choses apportées par elle dans la maison dont elle jouissait, et qui ne sont point devenues immeubles par leur nature, à la charge de remettre les lieux dans leur état antérieur (loc. cit. n° 270).

Il est difficile de ne pas reconnaître ces deux dispositions de l'illustre auteur dans l'art. 599 dont les alinéas 2 et 3 sont ainsi conçus : « *L'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. — Il peut seulement, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.* »

Or, en ce qui concerne les améliorations, Pothier entendait par cette expression même les constructions nouvelles.

L'art. 599 qui emploie ce mot d'après Pothier, dont il veut reproduire la doctrine, l'emploie donc également dans le même sens.

On argumente aussi des art. 861, 1437, 1634, 2175 et surtout de l'art. 2133, dans lequel, de l'avis à peu près unanime de tous les auteurs, le mot « *améliorations* » a un sens général, applicable aux constructions comme à tous ouvrages propres à rendre une chose plus utile, plus agréable ou plus productive. Il en résulte que, d'après notre loi, pas plus que dans l'ancien droit, l'usufruitier ne peut prétendre à aucune indemnité.

D'autre part, en ce qui concerne le droit d'enlèvement des matériaux, les exemples donnés par la loi dans la partie finale de l'art. 599 prouvent que, comme Pothier, elle n'accorde le *jus tollendi* que pour les objets mobiliers attachés au fonds par l'usufruitier et qui, s'ils avaient été placés par le propriétaire, seraient devenus des immeubles par destination. Le texte cite en effet « *les glaces, tableaux et autres ornements* ; » le *jus tollendi* ne s'applique donc pas aux choses qui, à raison de leur incorporation dans le sol, sont devenues immeubles par leur nature, comme les constructions nouvelles.

Enfin, ajoutent les défenseurs de cette opinion, si le propriétaire s'enrichit aux dépens de l'usufruitier, ce n'est pas injustement, et il n'est pas contraire à l'équité que l'usufruitier laisse au nu-propriétaire, sans indemnité, les constructions qu'il a élevées.

En effet, il ne possède pas *animo domini* ; son titre même implique la reconnaissance du droit du propriétaire ; il n'ignore donc pas que le fonds appartient à autrui ; il a dès lors, selon toute vraisemblance, bâti avec l'intention de jouir des constructions pendant la durée de son usufruit et consenti tacitement à ce que le nu-propriétaire profitât après lui des travaux qu'il a créés.

Bien différente est la position du possesseur soit de bonne foi, soit même de mauvaise foi. Le premier est irrépréhensible ; c'est pour lui et sur son terrain qu'il a cru construire ; il est donc hors de doute qu'il n'a pas voulu faire un don au propriétaire du sol.

Le second, il est vrai, a construit sur un terrain qu'il savait parfaitement ne pas lui appartenir ; mais il a édifié pour lui-même, dans son propre intérêt, avec l'espoir de devenir un jour propriétaire de l'immeuble soit par prescription, soit autrement, et on ne saurait encore, dans ce cas, présumer chez ce constructeur l'intention de faire un cadeau, une libéralité au maître du terrain.

La jurisprudence est en ce sens : les constructions sont comprises parmi les *améliorations* dont parle l'alinéa 2 de l'art. 599. Elle refuse en conséquence à l'usufruitier qui les a faites non seulement une indemnité, mais encore le droit d'enlèvement, les constructions ne pouvant être assimilées aux objets mobiliers placés sur le fonds pour lesquels l'alinéa suivant de l'article précité accorde le *jus tollendi* Cass. (req.), 4 novembre 1885, Sirey, 86, 1, 113).

Malgré la gravité des arguments invoqués par le système que nous venons d'exposer, la seconde opinion nous semble préférable.

Il n'est pas douteux que, dans le droit romain et dans notre ancienne législation, l'usufruitier n'avait ni le droit de demander une indemnité, ni la faculté d'enlever les matériaux qu'il avait employés dans la construction. Mais le Code civil, plus conforme à l'équité, a rejeté cette doctrine.

Si les lois romaines refusaient ce droit à l'usufruitier, c'était par application de ce principe général que celui qui avait construit sur le terrain d'autrui était réputé faire cadeau de ses dépenses au propriétaire du sol, quand il savait avoir bâti sur le fonds d'autrui.

Cette doctrine a été enseignée et développée par Pothier dans son *Traité du Douaire* (n° 276) ; il invoque les mêmes raisons à l'appui de sa décision : celui qui a fait des impenses sur un héritage qu'il sait être à autrui est censé avoir voulu en gratifier le propriétaire : « *donasse videtur.* »

Or la présomption « *donasse videtur* » appliquée à tous ceux, usufruitiers ou autres, qui ont bâti sur le terrain qu'ils savaient appartenir à autrui, a été abrogée par le Code civil comme contraire à l'équité et à l'évidente réalité des faits.

En effet rien n'est plus faux que cette fiction de donation. Celui qui construit sciemment sur le terrain d'autrui construit à coup sûr dans son intérêt exclusif; ce n'est certainement pas pour le propriétaire du fonds qu'il édifie.

En outre il est de principe dans notre droit que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. La preuve en est dans l'art. 555 aux termes duquel le propriétaire du sol qui veut conserver la construction élevée sur son terrain par un tiers est obligé de l'indemniser, alors même que ce tiers serait un usurpateur, un *prædo*. Notre loi n'admet donc plus de donation tacite.

On a objecté que cette présomption de libéralité de la part du possesseur de mauvaise foi avait été abandonnée à Rome dès le III^e siècle, que Justinien l'avait mal à propos reproduite dans ses Institutes, et que, par suite, elle ne pouvait expliquer la solution donnée à propos des constructions faites par l'usufruitier.

Il est vrai que cette présomption de libéralité avait été souvent contestée comme étant contraire à l'équité et à la vérité des faits; mais il n'en est pas moins certain qu'elle n'avait jamais été complètement déracinée.

La preuve en est que Pothier explique la solution qu'il admet à l'encontre de l'usufruitier par la même présomption de libéralité. Après avoir cité le § 30 des Institutes de Justinien liv. II t. I, il conclut contre l'usufruitier en disant : « *donasse videtur* ».

On argumente de l'art. 599. Ce texte, dit-on, a certainement consacré l'opinion de Pothier qui s'était lui-même inspiré des dispositions du droit romain.

On répond qu'au contraire l'art. 599 a repoussé la doctrine de Pothier en ce qui concerne l'usufruitier et qu'on ne peut pas ranger les constructions nouvelles parmi les améliorations au sujet desquelles ce texte refuse toute indemnité à l'usufruitier.

En effet, construire c'est créer une valeur nouvelle.

L'amélioration proprement dite s'entend au contraire des ouvrages exécutés dans un bâtiment pour le mettre en meilleur état, pour en augmenter le revenu et l'agrément. Ainsi on dira d'une maison délabrée qu'elle a été améliorée quand on l'aura réparée et embellie.

Il est vrai que l'expression « *améliorations* » n'a pas une signification absolue et invariable. C'est là une de ces expressions juridiques qu'il faut entendre *secundum subjectam materiam*, un terme tout relatif qui peut avoir un sens général et comprendre alors même les constructions nouvelles ; c'est ainsi qu'il doit être entendu dans les art. 861, 1437, 1634, 2133, 2175 ; mais il peut aussi très-bien n'avoir qu'un sens restrictif ; cela dépend des différentes matières dans lesquelles il est employé. Or si, dans les art. 861, 1437, 1634, 2133, 2175, cette expression embrasse même les constructions nouvelles, il n'en résulte nullement qu'il en soit ainsi dans l'art. 599. Ce dernier texte étant une disposition d'exception ne doit s'appliquer qu'aux travaux qui constituent des améliorations dans le sens propre du mot ; on ne peut l'étendre aux constructions nouvelles qui transforment le sol en changeant sa nature propre et constitutive, de telle sorte qu'après leur établissement il y a non plus un terrain nu, *res eadem*, mais un fonds bâti, *res alia*, *res nova*.

Ce qui fortifie singulièrement cette opinion que les constructions ne sont pas comprises parmi les améliorations dont parle le deuxième alinéa de l'art. 599, c'est le but de cette disposition. Elle a été en effet écrite en vue d'éviter une source féconde de contestations, de procès, qui auraient pu s'élever, lors de la cessation de l'usufruit, entre le nu-propriétaire et l'usufruitier sur le point de savoir si la chose grevée d'usufruit avait été ou non améliorée ; c'est parce qu'il s'agit de travaux dont le résultat

n'est pas toujours apparent et qui, par suite, auraient pu donner lieu à des comptes minutieux entre les parties, que notre article parle des améliorations que l'usufruitier « *prétendrait avoir faites* ». Or des difficultés de ce genre ne peuvent guère s'élever lorsqu'il s'agit de bâtiments nouveaux.

On dit enfin que l'usufruitier qui ne possède pas *animo domini*, dont le titre même implique la reconnaissance du droit du nu-propriétaire, a commis une faute ou tout au moins une imprudence très-grave en élevant des constructions sur un terrain qu'il savait ne pas lui appartenir et dont il ne pouvait espérer devenir propriétaire par prescription ; il doit donc supporter les conséquences de sa témérité, quelle que soit la perte qui en résultera pour lui.

Ainsi les défenseurs du système adverse croient devoir traiter l'usufruitier avec plus de rigueur que le possesseur de mauvaise foi qui lui, du moins, a construit pour lui-même, dans son propre intérêt, avec l'espoir d'arriver, par la prescription, à la propriété du terrain sur lequel il a bâti.

Nous ne saurions adhérer à une telle argumentation.

L'usufruitier, en édifiant, a commis à la vérité une grande imprudence ; mais ce n'est certes pas une raison pour lui faire une situation plus dure qu'à celui qui a ravi, usurpé le terrain d'autrui, qu'au *prædo*.

Au surplus, par une singulière inconséquence, les partisans de l'opinion que nous combattons appliquent au locataire les solutions écrites dans l'art. 555 à propos du possesseur. Or le preneur, de même que l'usufruitier, n'est qu'un détenteur précaire ; il n'ignore pas non plus, lorsqu'il crée des édifices, que le sol sur lequel il construit ne lui appartient pas, qu'il ne pourra jamais l'usurper (art. 2236) et qu'il sera obligé de le restituer à son propriétaire. Si donc l'on accorde au locataire le droit à

une indemnité ou à l'enlèvement de ses travaux, il faut incontestablement accorder les mêmes prérogatives à l'usufruitier, car la situation est la même.

Ainsi nous pensons que l'art. 559 — 2^o ne vise pas les constructions nouvelles. D'autre part, nous savons que, d'après les principes généraux de l'usufruit, le nu-propriétaire a le droit d'exiger, lors de la cessation de la jouissance de l'usufruitier, que ce dernier remette la chose dans l'état où il l'a reçue. Il pourra donc le contraindre à démolir ce qu'il a édifié et à rétablir le sol tel qu'il se comportait au moment de son entrée en possession. En sens inverse, l'usufruitier aura le droit d'enlever ses matériaux.

Mais si le nu-propriétaire désire conserver pour lui les travaux de construction exécutés par l'usufruitier et si celui-ci consent à les laisser, l'indemnité due à l'usufruitier sera réglée par la convention qui interviendra entre les parties pour le maintien des édifices.

Les partisans du système que nous avons adopté assimilent l'usufruitier qui a construit à un possesseur de mauvaise foi. L'art. 555, disent-ils, est absolu et embrasse dans sa généralité tous les constructeurs ; il doit donc être appliqué à l'usufruitier comme au locataire, car il n'y a pas lieu de distinguer entre eux. Il s'ensuit que l'usufruitier sera tenu de démolir, à moins que le nu-propriétaire ne préfère retenir les bâtiments, en payant au constructeur le montant de ses impenses.

Nous estimons au contraire que l'art. 555 laisse l'usufruitier en dehors de ses prévisions et doit par conséquent être complètement écarté. A notre avis, ce texte ne s'applique au constructeur sur le terrain d'autrui qu'en l'absence d'un titre régulier, d'un rapport juridique existant entre les parties ; il concerne seulement le possesseur de bonne ou mauvaise foi qui ne peut invoquer aucun

titre émané du propriétaire du fonds. « L'art. 555 vise uniquement, lit on dans un arrêt de la Cour de Paris du 19 février 1884 (Sirey, 86, 1, 113), des ouvrages faits par un tiers, *sans aucun droit*, sur le terrain d'autrui. » Or l'usufruit résulte quelquefois d'un contrat consenti par le propriétaire du sol ; plus généralement il, est l'œuvre de la loi ou d'un testament. Mais jamais l'usufruitier ne détient *sans droit* le fonds grevé.

En résumé, nous pensons que l'usufruitier a toujours le droit d'enlever les matériaux qu'il a employés dans la construction, de même qu'il est toujours loisible au propriétaire d'exiger, en fin d'usufruit, la restitution du sol dans l'état où il se trouverait si aucun édifice n'avait été élevé ; mais ce dernier ne saurait invoquer les dispositions de l'art. 555 pour exiger le maintien des bâtiments contre l'usufruitier, car celui-ci n'est pas un *tiers* au sens de ce texte.

Les solutions que nous venons de donner pour l'usufruitier doivent être étendues aux constructions élevées par un usager ou par celui qui a un droit d'habitation. Les droits d'usage et d'habitation ne sont en effet que des usufruits restreints, des diminutifs de l'usufruit.

Aucun texte ne le lui accordant, nous refuserons à l'usufruitier le droit de conserver la possession du sol sur lequel il a construit jusqu'au paiement de l'indemnité qui peut lui être due par le nu-propriétaire.

CHAPITRE VI

Des constructions élevées par un preneur.

Lorsqu'une convention est intervenue entre le bailleur et le preneur relativement aux constructions que le locataire pourra élever sur le terrain loué, cette convention devra être exécutée si elle n'a rien de contraire à la loi (art. 1134 C. C.).

A ce sujet, des clauses diverses, soit quant au droit de propriété de l'édifice, soit quant à l'indemnité à payer par le bailleur, peuvent intervenir entre les parties.

Ainsi le propriétaire du sol peut conférer au preneur le droit de construire sur le terrain loué, en stipulant que les bâtiments seront enlevés en fin de bail, le preneur devant remettre les lieux dans leur état antérieur, à défaut d'entente amiable avec le bailleur sur le chiffre de l'indemnité due.

Les parties peuvent encore convenir que les édifices élevés par le preneur appartiendront en fin de bail au locateur, suivant un prix fixé à dire d'experts.

Quelquefois même il est stipulé que les constructions appartiendront au bailleur, sans qu'il ait à payer aucune indemnité.

Enfin, les constructions à élever par le locataire sont parfois prévues et déterminées dans le contrat de bail. Ou bien encore, il est convenu que le preneur bâtira jusqu'à concurrence d'une somme fixée.

Nous laisserons de côté pour l'instant ces différentes clauses, ainsi que d'autres usitées dans la pratique, pour

ne nous occuper que de l'hypothèse où, sans qu'aucune convention soit intervenue entre les parties relativement aux constructions, le locataire a édifié des bâtiments dans les limites de son droit, c'est-à-dire de telle sorte que les travaux de construction ne détériorent pas le fonds, ne portent par suite aucun préjudice au bailleur, et ne mettent aucun obstacle à ce que le terrain soit remis, en fin de bail, dans son état antérieur.

Quels pouvoirs le locataire aura-t-il sur ces bâtiments pendant la durée du bail ?

Pour ceux qui admettent, avec Troplong et quelques autres, la réalité du droit du preneur sur le fonds loué, il est incontestable qu'il a aussi un droit réel sur la construction, et un droit réel immobilier, puisqu'il a pour objet un immeuble par sa nature (art. 518 C. C.).

De cette prémisse il faut nécessairement, si l'on est logique dans ce système, déduire plusieurs conséquences, notamment les suivantes :

1^o Le droit du locataire sur le terrain loué et sur la construction ne tombera pas dans la communauté légale et appartiendra au légataire de ses immeubles ;

2^o Le locataire pourra donner son droit en antichrèse et non point en gage ;

3^o Les jugements qui seront rendus entre le bailleur et un tiers relativement au sol loué et à la construction n'auront point d'autorité pour ou contre le preneur ; ils seront quant à lui *res inter alios acta*, car il a sur le sol et sur la construction qui en est l'accessoire un droit absolument distinct de celui du bailleur ;

4^o Le preneur ayant un droit réel pourra, comme l'usufruitier, agir au possessoire et même au pétitoire contre tous ceux qui mettraient obstacle à son droit de jouissance sur le sol et la construction ;

5^o Le tribunal compétent pour tout procès relatif au

louage sera le tribunal de la situation de l'immeuble loué.

On devrait décider aussi que le preneur est en droit d'hypothéquer son droit réel; mais les partisans de cette opinion ont reculé devant cette conséquence; l'art. 2118 est trop formel.

Ce système de la réalité du droit du preneur, qui n'a d'ailleurs trouvé que de rares prosélytes dans la doctrine et que la Cour de cassation a répudié sous la présidence de Troplong lui-même, est abandonné depuis longtemps, et, pour nous qui admettons que le droit du preneur sur le fonds loué est simplement personnel et mobilier, nous dirons que le locataire est, de droit commun, durant la période d'exécution du bail, propriétaire des constructions qu'il a créées. Et comme, d'autre part, l'art. 518 range les bâtiments dans la classe des immeubles par leur nature, sans distinguer par qui ces bâtiments ont été élevés, le preneur a nécessairement sur les édifices qu'il a établis un droit réel immobilier: *quod tendit ad immobile est immobile*.

Nous disons que le preneur est en principe propriétaire des constructions qu'il a édifiées dans les limites de son droit, sans changer la destination des lieux.

En effet, pendant la durée du bail, le locataire est tenu de deux obligations principales; il doit: 1^o User de la chose louée en bon père de famille et suivant sa destination naturelle ou conventionnelle; 2^o payer le prix du bail aux termes convenus (art. 1728).

Sous ces réserves, la jouissance du locataire doit être libre et complète, et il est en droit de faire sur le terrain loué tous les travaux qui en permettront un meilleur usage, si les améliorations réalisées ne portent aucun préjudice au bailleur et sont susceptibles de disparaître en fin de bail. Ainsi il aura la faculté, lorsque d'ailleurs

il est seul locataire, de construire sur un terrain vague ou sur le sol d'une cour.

Le propriétaire du sol ne pourra intervenir qu'en cas d'abus de jouissance.

Cette solution s'impose si on examine les obligations du locateur corrélatives à celles du preneur.

Le bailleur est tenu de procurer au locataire, pendant toute la durée du bail, la jouissance paisible de la chose louée (art. 1709 et 1719). De là résulte pour lui l'obligation de garantir le preneur des troubles de fait et de droit que des tiers apporteraient à sa jouissance, à plus forte raison de ne pas la troubler lui-même ; or il la troublerait certainement par son fait, s'il empêchait la transformation ou la suppression d'un ouvrage exécuté par le preneur dans les limites de son droit.

À l'expiration du bail, mais à ce moment-là seulement, le preneur est tenu de restituer les lieux loués dans l'état où il les a reçus, sans avoir à répondre des pertes ou détériorations résultant d'un cas de force majeure (art. 1730).

De cette obligation imposée par la loi au locataire de rétablir le terrain dans l'état où il se trouvait au moment de son entrée en jouissance, il faut nécessairement induire d'une part pour le bailleur la faculté de contraindre le preneur à supprimer les constructions qu'il a établies, à raser le sol pour rendre un terrain nu s'il a reçu un terrain nu, et d'autre part pour le locataire le droit de démolir ce qu'il a édifié et d'enlever ses matériaux, à charge de remettre le sol tel qu'il était avant l'exécution des travaux de construction.

Aucune autre obligation n'incombe en fin de bail au locataire. Mais il ne serait pas fondé à réclamer la moindre indemnité au bailleur qui exige la démolition ; car il a construit à ses risques et périls.

Telle était la solution de la loi romaine (L. 19, § 4 *Dig. Loc. cond.*, 49, 2) : « *Si inquilinus ostium vel quædam alia ædificia adjecerit, quæ actio locum habeat? Et est verius, quod Labeo scripsit, competere ex conducto actionem ut ei tollere liceat: sic tamen ut damni infecti caveat ne in aliquo, dum aufert, deteriorem causam ædium faciat, sed ut pristinam faciem ædibus restituat.* »

Pothier dit également : « A l'égard des impenses seulement utiles qu'un locataire aurait faites, il ne peut s'en faire rembourser par le locateur qui n'a point donné ordre de les faire ; mais il doit au moins être permis à ce locataire d'enlever, à la fin du bail (*à plus forte raison pendant sa durée*), tout ce qu'il pourra enlever, en rétablissant les choses, à ses dépens, dans l'état où elles étaient, en sorte que la maison n'en reçoive aucun dommage » (Louage n° 131).

Il est vrai que Pothier ne vise pas expressément les constructions ; mais, par cela seul qu'il ne s'en occupe pas d'une manière spéciale, elles rentrent tout naturellement dans la catégorie des impenses utiles. Observons en outre qu'il n'autorise pas le bailleur à exiger le maintien des constructions sauf indemnité.

« Tant que le bail court, dit M. Flandin (*Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1865, n° 1085), le propriétaire ne peut avoir aucun droit sur les constructions ; elles sont la propriété exclusive du preneur qui peut en disposer comme bon lui semble, les démolir même et en vendre les matériaux, puisqu'il n'est tenu que de rendre la chose louée dans l'état où il l'a prise (art. 1730 C. civ). »

En résumé, il résulte des règles mêmes du contrat de louage que les droits du bailleur sur les constructions sont, pour ainsi dire, suspendus, paralysés, durant le

bail, par suite de l'obligation qu'il a contractée de garantir au locataire une jouissance paisible de la chose louée, et que le preneur peut, sans restrictions ni réserves, faire des bâtiments qu'il a élevés ce que bon lui semble, les modifier, les transmettre à un autre, même les détruire contre le gré du bailleur ; il en est donc propriétaire, car au propriétaire seul appartiennent de telles prérogatives.

Mais son droit est résoluble ; il sera anéanti avec le bail lui-même. Le preneur est donc propriétaire à temps, *ad tempus*, sous un terme extinctif.

Le principe de l'accession, que nous avons écarté pendant la durée du bail, produit ses effets à l'expiration du contrat et pour l'avenir, au profit du bailleur, si, à ce moment, les constructions subsistent, pour un motif quelconque, et agit rétroactivement sur les droits consentis par le preneur.

Voilà la solution à laquelle conduisent les principes du contrat de louage ; en outre, c'est là, croyons-nous, le seul moyen de concilier les droits du locateur avec les prérogatives que confère au preneur le bail même.

Dans une autre opinion qui compte M. Demolombe (*Dist. des biens, I, 167 et suiv.*) parmi ses partisans et que M. Guillouard vient d'exposer à nouveau et de développer dans son *Traité du louage, I, 296 et suiv.*, les bâtiments élevés par le preneur sur le terrain loué appartiennent au bailleur en vertu de son droit d'accession, à charge par lui d'indemniser le constructeur dans les termes de l'art. 555 ; le preneur n'a donc sur eux comme sur le terrain loué qu'un droit personnel et mobilier.

Les dispositions de la loi sont générales, dit-on dans ce système ; « qui a le sol a les bâtiments » incorporés dans ce sol, sauf l'indemnité due en vertu de l'art. 555 si le constructeur est un tiers : tel est le principe posé par les art. 553 et suiv.

Le contrat de louage ne fait pas une situation particulière au preneur. Son droit sur le terrain loué n'est pas un droit réel, mais simplement un droit personnel et mobilier ; il ne saurait dès lors avoir un droit réel immobilier sur le bâtiment qu'il a élevé, car logiquement son droit sur la construction ne peut être d'une autre nature que celui qu'il a sur le sol.

Si l'on objecte que le preneur qui a bâti jouit de l'immeuble qu'il a créé, l'habite, en profite dans son état d'union avec le sol, dans son caractère immobilier d'accessoire du fonds, on répond, avec M. Demolombe (I, 167), qu'évidemment il en jouit, mais il en jouit en qualité de preneur, comme il jouit du terrain loué.

« Ces bâtiments, en effet, ne lui appartiennent pas dans leur nature même de bâtiments et considérés comme tels ; il n'est propriétaire ni du sol ni de la superficie ; il est vrai qu'il exploite les bâtiments dans leur nature d'immeubles et d'après la situation qui en résulte, mais c'est là ce que fait tout preneur, fermier ou locataire ; et pourtant le preneur n'a qu'un droit mobilier. Or, telle est précisément la position du tiers constructeur dans notre hypothèse : il jouit des bâtiments qu'il a construits au même titre qu'il jouit du sol, en vertu de son contrat de bail qui comprend désormais en effet les bâtiments aussi bien que le sol. »

Sans doute, dit-on encore, le locataire qui a fait une construction sur le terrain loué a créé un immeuble par sa nature ; mais il ne s'ensuit pas qu'il ait sur ce bâtiment un droit de propriété immobilière. Cet édifice appartient au contraire au maître du sol comme étant l'accessoire de son fonds (art. 546, 551, 552, 553, 555). Le preneur ne peut donc en être aussi propriétaire, car la propriété d'une même chose ne saurait appartenir à la fois et pour le tout à deux personnes différentes : *duorum*.

in solidum dominium esse non potest (L. 5, § 15 Dig. de Comm.).

A la fin du bail, le droit du preneur portera-t-il sur un immeuble? Pas davantage. On assimile en effet le preneur au possesseur de mauvaise foi et on lui fait l'application de l'article 555; il n'aura donc, quel que soit le parti que prenne le bailleur, qu'un [droit purement mobilier : le droit aux matériaux si le bailleur l'oblige à démolir, le droit à une indemnité si le locataire déclare vouloir conserver les constructions pour lui, comme il le peut puisqu'il en est propriétaire en vertu du principe de l'accession.

En définitive, le preneur n'aura jamais, en cette qualité, qu'un droit mobilier sur les constructions qu'il a établies. Il y a plus : le bailleur ne pourrait, en renonçant à son droit d'accession en faveur du locataire, changer la nature du droit de ce dernier : « Dans tous les cas, le preneur n'est investi que du droit de jouir des constructions comme il jouit du sol, pendant la durée du bail, et la seule différence que crée la renonciation du bailleur, c'est qu'au lieu d'avoir l'alternative d'une indemnité en argent ou de l'enlèvement des matériaux, le preneur est assuré de pouvoir enlever les matériaux. Cette circonstance ne change en rien la nature de son droit de jouissance et ne crée pas à son profit une propriété superficielle » (Guillouard, I, 299).

Tous les arguments invoqués dans ce système se réduisent à un seul, à savoir que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous et que toutes les constructions élevées sur un terrain sont présumées faites par le propriétaire de ce terrain et lui appartenir (art. 553), sous réserve de l'indemnité due au constructeur (art. 555). Ce principe, dit-on, est général et s'applique aussi bien au locataire qu'à celui qui possède un fonds avec ou sans bonne foi.

Nous avons déjà observé, avec l'article 553 lui-même, qu'un tiers peut parfaitement acquérir, à l'encontre du propriétaire, par prescription, ajoutons *a fortiori* par titre, la propriété soit d'un souterrain sous le bâtiment de ce propriétaire, soit de toute autre partie du bâtiment.

Le principe de l'accession n'est donc point absolu : comme toute règle en général il a ses exceptions. La survivance du bail à *domaine congéable*, encore en usage dans quelques parties de la Bretagne, aux termes duquel le *colon* ou *domanier*, qui n'a cependant qu'un droit personnel sur le fonds affermé, est propriétaire des édifices et superficies peut, par conséquent, les aliéner, les hypothéquer, n'en est-elle pas une nouvelle preuve ?

Mais n'est-il pas irrationnel, illogique, disent les partisans du système opposé, que le preneur, qui n'a sur le sol qu'un droit personnel et mobilier, puisse avoir un droit réel et immobilier sur les constructions qu'il a créées ?

Nous ne le pensons pas. En effet, si le preneur est propriétaire des constructions qu'il a édifiées, alors qu'il n'a sur le terrain loué qu'un droit personnel de jouissance, c'est qu'il jouit du sol en vertu de son bail, tandis qu'il est propriétaire des bâtiments ajoutés par lui en vertu d'une sorte de convention tacite comprenant la cession éventuelle de ces bâtiments dont la création a été implicitement autorisée par le bailleur.

Nous venons d'établir que le locataire est, de droit commun, propriétaire, pendant le cours du bail, des constructions qu'il a élevées.

De ce principe découlent des conséquences nombreuses et importantes dont nous avons fait connaître plus haut les principales. Nous ajouterons seulement ici que :

1^o Les droits concédés par le preneur ne survivront pas à l'expiration de son bail. Celui qui a sur une chose un

droit à terme, un droit rescindable ou résoluble, ne peut conférer que des droits soumis à la même modalité.

L'article 2125 porte en effet : « *Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.* » Ce que la loi dit de l'hypothèque doit être appliqué évidemment à tous les autres droits réels : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.*

Les ayant-cause du preneur ne sauraient donc avoir plus de droits que n'en avait leur auteur en vertu du contrat de location. Il s'ensuit que, si la condition se réalise, si, à l'expiration du bail, les constructions subsistent pour un motif quelconque, les droits qui auront été consentis sur elles par le preneur seront anéantis conformément à la règle : *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, et réputés n'avoir jamais existé.

2^o Ainsi que nous l'avons vu, les créanciers du preneur pourront saisir immobilièrement le bâtiment qu'il a élevé. Le droit au bail, bien qu'il ait un caractère essentiellement mobilier et que, dans la rigueur des principes, on ne puisse guère concevoir la saisie immobilière d'un droit mobilier, sera néanmoins compris dans la saisie immobilière des constructions, comme un accessoire de cette saisie ; sans cela, comment l'adjudicataire serait-il mis en possession des bâtiments qui font l'objet de la vente sur saisie ?

La jurisprudence est en ce sens :

« Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1862 (Sirey, 62, 1, 450), que la saisie des constructions comprenait nécessairement le droit de jouir du terrain sur lequel elles avaient été élevées. »

3^o Le locataire devra supporter, à raison des édifices

qu'il a créés, les charges qui grèvent la propriété bâtie, notamment l'impôt foncier.

§ Selon les partisans du système opposé, c'est au contraire au bailleur, en sa qualité de propriétaire, que ces charges incomberont, et on invoque, à l'appui de cette opinion, un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1851 (Sirey, 51, 1, 682), aux termes duquel les impositions mises à la charge du propriétaire, et spécialement l'impôt des 45 centimes additionnels à la contribution foncière établie par le décret du 16 mars 1848, doivent être supportées par le bailleur et non par le preneur.

Mais cet arrêt doit être écarté de la discussion. Il a en effet statué dans une espèce où le bail autorisait les sieurs Javal et Cie, preneurs, à démolir les bâtiments existants et à les remplacer par d'autres d'une valeur égale au moins à 100 000 fr., à la condition qu'ils conserveraient toujours cette valeur à leurs nouveaux ouvrages et avec cette stipulation que toutes les constructions et améliorations demeureront, à l'expiration du bail, la propriété du locateur, sans indemnité, ce dernier devant être considéré *comme ayant été toujours propriétaire du tout*. Il était en outre convenu que, dans les dix dernières années du bail, aucune démolition ne pourrait être faite sur le terrain loué.

Dans ces conditions, le bailleur était incontestablement devenu propriétaire des constructions élevées par les preneurs, au fur et à mesure de l'incorporation des matériaux dans le sol ; les preneurs n'avaient donc que la jouissance des bâtiments édifiés par eux. Or, d'après le décret précité, la nouvelle contribution était mise à la charge du propriétaire seul « *nonobstant toutes stipulations contraires dans les baux et conventions.* »

4^o Le preneur étant propriétaire des constructions par lui établies, les meubles qu'il y placera ne seront pas

affectés au privilège du bailleur, ce privilège ne portant que sur ce qui garnit « *la maison louée ou la ferme* » (art. 2101 — 1°).

Qu'arrivera-t-il si, pendant la durée du bail, le terrain bâti est exproprié pour cause d'utilité publique ?

Le jury doit prononcer des indemnités distinctes en faveur des parties qui les réclament à des titres différents (loi du 3 mai 1841 art. 39). Dans notre espèce, une indemnité sera donc due au bailleur à raison de la propriété du sol, et une autre devra être allouée au preneur pour la propriété des constructions qu'il a établies sur le terrain loué. Conformément au droit commun, l'indemnité qui sera due au locataire ou au fermier sera déterminée, en dehors du préjudice causé par la privation du droit de jouissance, en tenant compte tant de la valeur des bâtiments expropriés que du dommage subi par le preneur dépossédé par suite soit de la dépréciation de la partie restante, soit des dépenses qui seront nécessaires pour mettre les constructions maintenues en rapport avec la disposition ultérieure des lieux. Au surplus, le bailleur doit, dans les délais légaux, faire connaître le locataire à l'administration, et le preneur pourra requérir l'emprise totale des bâtiments (art. 21 et 50 de la loi du 3 mai 1841).

Nous venons d'examiner quels sont, durant la période d'exécution du bail, les pouvoirs du locataire sur les édifices qu'il a créés dans les limites de son droit, sans abus de jouissance.

Voyons maintenant les droits qu'aura le propriétaire du sol sur ces mêmes constructions, tant que le contrat de louage produira ses effets.

Le bailleur est propriétaire des bâtiments sous condition suspensive, sous la condition qu'ils subsisteront à la fin du bail.

Propriétaire sous condition suspensive, il pourra alié-

ner les constructions ou les grever de droits réels. Mais ces droits ne produiront d'effets qu'à l'expiration du bail ; ils ne tiendront que si la condition se réalise. Ils ne sont en effet que conditionnels, comme l'est le droit du constituant. Cette solution n'est qu'une application de la règle : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (art. 2125).

Le locateur aura à fortiori qualité pour interrompre les prescriptions en cours, d'une manière plus générale ; il lui sera loisible de faire tous les actes conservatoires de son droit éventuel (arg. art. 1180). Mais il ne pourra, avant la réalisation de la condition, accomplir aucun acte d'exécution sur les bâtiments élevés par le preneur.

A la fin du bail, toujours dans le silence du contrat de location et sauf conventions qui, légalement formées, devraient être exécutées (art. 1134), le locataire est tenu de remettre les lieux dans l'état où ils se trouvaient au moment de son entrée en jouissance ; il s'ensuit que le bailleur aura le droit d'exiger la démolition et l'enlèvement des constructions. Cette faculté résulte pour lui de l'art. 1730 C. civ. qui impose au preneur de rendre la chose louée « *telle qu'il l'a reçue, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure.* »

Il est donc loisible au bailleur de demander la suppression des bâtiments que le locataire a établis sur le fonds loué. Mais c'est là tout son droit, et ce serait certainement ajouter aux obligations imposées par la loi au preneur que de le contraindre à laisser au locateur, avec ou sans indemnité, les constructions qu'il a créées à ses frais.

Dans le système contraire, on décide que le bailleur étant propriétaire des édifices que le locataire a ajoutés à son terrain en vertu du principe de droit commun « qui a le sol a les bâtiments » posé dans les art. 546, 551, 552, 553, 555, peut choisir entre leur enlèvement et leur main-

tien à charge d'une indemnité à payer au locataire : on assimile ainsi le preneur au constructeur de mauvaise foi.

A l'appui de cette faculté d'option qu'on accorde au bailleur on invoque des raisons d'équité ; on argumente aussi des art. 555-1^o et 1730.

Le locataire, dit-on, a construit sur un terrain qu'il savait parfaitement ne pas lui appartenir ; en outre il n'ignorait pas qu'à l'expiration du bail il serait obligé de remettre le fonds loué à son propriétaire dans l'état où il se trouvait au moment de son entrée en jouissance ; il devait donc s'abstenir de construire, et il est conforme à l'équité qu'il subisse les conséquences de sa faute ou tout au moins de sa grave imprudence. D'autre part, il serait souverainement injuste qu'il pût obliger le bailleur à prendre pour lui des constructions qui ne lui conviennent pas, à l'exécution desquelles il est demeuré étranger, et qui grèveraient considérablement son patrimoine.

A quoi nous répondrons que sans nul doute le preneur devait savoir, lorsqu'il a édifié, qu'il construisait sur le terrain d'autrui ; mais son droit de bâtir, il le puisait dans le bail même qui réglait ses rapports avec le locateur. La loi lui ayant imposé la seule obligation de jouir de la chose louée en bon père de famille et suivant sa destination naturelle ou conventionnelle (art. 1728), il s'ensuit que les constructions élevées par lui, dans les limites de son droit, sans abus de jouissance, ont été, le contrat de bail ne portant aucune clause à leur occasion, implicitement autorisées par le propriétaire du sol.

En droit, on prétend que le choix accordé au locateur est consacré par les art. 555-1^o et 1730 qui sont formels.

La disposition de l'art. 555-1^o « *lorsque des constructions ont été faites par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a le droit ou de les retenir*

ou d'obliger le tiers à les enlever » est conçue dans les termes les plus généraux. Tout en visant principalement le possesseur de mauvaise foi, elle comprend donc le locataire comme les autres tiers qui ont construit sur le terrain d'autrui. Il s'ensuit que le bailleur jouit du droit d'enlèvement vis-à-vis du preneur.

On ajoute que le droit de destruction résulte aussi, au profit du locateur, de l'art. 1730. D'après cet article, le locataire ou le fermier doit rendre au bailleur le fonds affermé tel qu'il l'a reçu ; en d'autres termes, le bailleur a la faculté de faire remettre les choses dans l'état où elles étaient au moment de l'entrée en jouissance du locataire ; il peut donc obliger celui-ci à supprimer les constructions qu'il a élevées.

En résumé, que l'on argumente de l'art. 555 ou de l'art. 1730, il faut reconnaître au bailleur le droit d'exiger l'enlèvement des travaux de construction que le locataire a exécutés ; mais, de même que tout propriétaire sur le fonds de qui un tiers a édifié, il est propriétaire des bâtiments créés par le preneur, comme étant les accessoires de la chose louée ; il peut donc les retenir et les conserver pour lui (arg. art. 555).

Tels sont les arguments de nos adversaires : le mot « *tiers* » a, prétendent-ils, dans le premier al. de l'art. 555, une acception aussi générale que possible ; il vise tout constructeur autre que le propriétaire du sol.

« Il est vrai que la dernière partie de l'art. 555 s'occupe spécialement du tiers qui possédait de bonne foi, à titre de propriétaire, le fonds d'autrui, et qui en a été ensuite évincé.

« De là, sans doute, il est logique de conclure que la première partie s'occupe du tiers qui possédait de mauvaise foi à titre de propriétaire.

« Mais faut-il aller jusqu'à dire que cette première par-

tie de l'art. 555 ne s'occupe exclusivement que de ce possesseur, et qu'elle ne s'applique dès lors qu'à cette unique hypothèse ?

• Il nous semble que rien, dans le texte, n'autorise cette conclusion.

« Que l'hypothèse d'un tiers possédant, *animo domini*, un fonds appartenant à un autre ; que cette hypothèse ait été le principal objet de la préoccupation du législateur, dans cet article, cela est possible, et nous ne voulons pas le méconnaître.

« Mais, finalement, la première partie de l'art. 555 est conçue dans les termes les plus généraux et les plus absolus ; elle ne s'occupe pas uniquement d'un possesseur de mauvaise foi ; elle met en scène d'une part le *propriétaire du fonds*, et d'autre part le *tiers* en général, c'est-à-dire ceux qui, n'étant pas *propriétaires du fonds*, y ont fait des constructions et des plantations. » Ainsi s'exprime M. Demolombe, t. I, n° 692.

Malgré l'autorité qui s'attache au nom de M. Demolombe, nous croyons que cette opinion doit être rejetée. A notre avis, l'article 555 ne s'applique pas aux constructions élevées par le preneur sur le terrain loué.

Nous répondrons tout d'abord aux défenseurs du système adverse que, selon nous, dans tous les cas où celui qui détient un fonds le possède en vertu d'un titre régulier, l'art. 555 doit être écarté. En effet cet article, compris dans une section dont tous les textes règlent uniquement le droit commun de la propriété foncière en l'absence d'une convention, d'un rapport juridique existant entre les parties, ne se préoccupe évidemment que du tiers possesseur avec ou sans bonne foi, c'est-à-dire de celui qui ne peut invoquer aucun titre émané du propriétaire du sol.

Aussi ceux-là même qui, comme M. Demolombe (I, n°s

692, 693), assimilent le preneur, locataire ou fermier qui a bâti, à un constructeur de mauvaise foi et lui appliquent en conséquence les dispositions de l'art. 555, reconnaissent cependant que ce texte ne concerne pas celui qui aurait fait des constructions sur le terrain d'autrui pour le compte du véritable propriétaire, par exemple en qualité de gérant d'affaires, ni celui qui était propriétaire ou copropriétaire par indivis (succession, communauté, société) du fonds sur lequel il a édifié. Dans ces diverses hypothèses, les règles contractuelles ou quasi-contractuelles de la gestion d'affaires, de l'indivision, de la communauté, de la société, recevraient seules leur application.

L'éminent auteur que nous venons de citer dit (I, 694) qu'il excepte encore de la solution générale « le cas où les travaux auraient été exécutés par le fermier ou le locataire, en vertu d'une clause portée dans le contrat de bail ou avec le consentement postérieur du propriétaire. Il faudrait alors observer la convention faite entre les parties. » Dans cette hypothèse, le locateur ne serait plus fondé à exiger, en fin de bail, l'enlèvement des constructions créées par le preneur, comme il en aurait le droit si on n'écartait pas l'art. 555.

Or nous avons établi que, si le bail est muet relativement aux constructions, le silence même du contrat implique pour le premier l'autorisation de bâtir sur le terrain loué. Pourquoi dès lors appliquer l'art. 555 au locataire, alors qu'on admet que ce texte ne concerne pas les ouvrages exécutés par un mandataire, un administrateur, un gérant d'affaires, un co-héritier, un co-associé, un propriétaire sous condition résolutoire, voire même ceux créés par le preneur dans le cas où il a été expressément autorisé à construire ? On n'en voit aucun motif.

En outre, il est certain que si l'art. 555, dans la disposition finale, vise uniquement le possesseur de bonne foi,

celui qui, étant évincé, ne serait pas condamné à la restitution des fruits qu'il a perçus et faits siens aux termes des art. 549 et 550, celui, en d'autres termes, qui a construit sur un fonds qu'il possédait avec juste titre et bonne foi, il s'occupe dans sa première partie d'un tiers évincé possesseur de mauvaise foi.

Or le locataire ne possède pas ; il détient la chose au nom et pour le compte du bailleur qui la possède par son intermédiaire. De plus, le contrat de louage le rend créancier de son locateur obligé de le faire jouir, et débiteur envers de lui de ses loyers. Dans ces conditions, peut-on dire qu'il est vis-à-vis de son bailleur un tiers dans le sens de l'art. 555 ? N'est-il pas au contraire son ayant-cause ?

Enfin si, à l'expiration du bail, il est tenu de restituer la chose au locateur, il n'est à coup sûr pas évincé, car, pendant la période d'exécution du contrat, il a parfaitement qualité pour jouir de la chose.

Le preneur n'est donc point un tiers évincé possesseur.

Il s'ensuit que les dispositions de l'art. 555 ne lui sont pas applicables et qu'il lui est loisible d'enlever, contre le gré du bailleur, les constructions qu'il a établies sur le terrain loué.

Quant à l'art. 1780, il est formel. Il n'impose au locataire, en fin de bail, qu'une seule obligation : celle de « *rendre la chose louée telle qu'il l'a reçue.* » Telle est la règle. Il en résulte incontestablement le droit pour le bailleur de réclamer la suppression des édifices créés par le preneur. Mais ce serait à coup sûr ajouter aux dispositions de la loi que de contraindre le locataire ou le fermier à laisser sur le sol, avec ou sans indemnité, les travaux qu'il a exécutés, en d'autres termes d'accorder au bailleur le droit de rétention.

Nous avons supposé jusqu'ici que le locataire a édifié

en respectant la destination de la chose et que les constructions par lui élevées ne causent aucun préjudice au bailleur. Nous croyons avoir établi que, dans ce cas, pour fixer les droits du bailleur quant aux bâtiments créés par le preneur, il n'est pas nécessaire d'aller emprunter les règles de l'art. 555 ; le titre du contrat de Louage en fournit qui se suffisent à elles-mêmes.

Mais que faut-il décider si le preneur a construit abusivement, contrairement à son droit, de telle sorte que les améliorations réalisées mettent obstacle à la restitution des lieux dans leur état antérieur, ou sont pour le locateur une cause de dommage important ?

C'est par exemple un fermier qui a bâti des hangars sur une pièce de terre destinée à la culture et la terre, abandonnée pendant de longues années peut-être, va s'appauvrir et se perdre.

Dans ce cas, le bailleur pourra demander la résiliation du bail (art. 1729), et faire condamner le preneur à des dommages-intérêts.

En outre le locateur puise dans le contrat de louage même le droit de faire démolir les constructions ainsi établies, non seulement à la fin du bail, mais encore pendant la durée de la jouissance du locataire, car celui-ci est tenu d'user de la chose louée suivant sa destination (art. 1728).

Il est d'ailleurs, en principe, permis au preneur, comme à tout constructeur sur le terrain d'autrui, de détruire les travaux qu'il a faits tant que le bailleur n'a pas manifesté son intention de les conserver. Toutefois la démolition des édifices avant la fin du bail et le rétablissement des lieux dans leur état primitif n'enlèveraient pas au locateur le droit de réclamer une indemnité pour le préjudice éprouvé ; avec l'exemple que nous avons posé plus haut, ce préjudice consistera dans la diminution de valeur que fait subir à la terre un abandon prolongé.

Mais le bailleur pourrait-il, en vertu des règles de l'accession, obliger le preneur à laisser les bâtiments sur le sol ? ou bien les constructions que le locataire a élevées contrairement à son droit, en changeant la destination des lieux lui appartiendront-elles tant que durera le bail ?

Nous pensons que, dans cette hypothèse, le principe de l'accession « qui a le sol a les bâtiments » reprend son empire. En effet, nous nous étions fondé pour l'écarter sur l'intention présumée des parties ; or il est certain qu'on ne peut plus invoquer cette volonté quand on se trouve en présence d'un abus de jouissance commis par le locataire.

Le bailleur aura donc le droit de réclamer la suppression de travaux aux frais du preneur et la réparation du dommage qu'ils ont causé. Mais, si les édifices sont à sa convenance, il aura la faculté de les retenir (arg. art. 552, 553), à charge de payer une indemnité au locataire. Cette indemnité sera due, non pas en vertu de l'art. 555 qui est inapplicable ici, car en présence des rapports conventionnels, réglant la situation juridique des parties, le preneur ne saurait être assimilé à un possesseur de mauvaise foi, mais en vertu de ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (art. 548, 1381). Il s'ensuit qu'elle aura pour objet, non pas toutes les dépenses faites par le constructeur en matériaux et en main-d'œuvre, mais seulement la plus-value subsistant au moment de la réclamation du bailleur ; cette plus-value est en effet la mesure du profit que ce dernier retirera des constructions.

Enfin, comme nous l'avons déjà observé, si, pour un motif quelconque, le preneur a laissé subsister les édifices jusqu'à la fin du bail, ils deviennent à ce moment, dans l'état où ils sont, en vertu de la règle « qui a le sol a les constructions », la propriété du maître du sol auquel ils sont censés avoir toujours appartenu.

Mais aucune indemnité ne sera due au locataire à raison des améliorations qu'il a réalisées, car il a construit à ses risques et périls. Qu'il ne se plaigne pas s'il éprouve une perte ! Il serait en effet permis de lui reprocher la grave imprudence qu'il a commise en élevant des édifices sur le fonds loué alors qu'aucune convention réglant le sort de ces bâtiments n'était intervenue entre lui et le propriétaire du sol, et de lui répondre par l'axiome : « *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* » (L. 203 de reg. jur., D. L. 17). D'ailleurs l'intérêt exclusif de sa jouissance et toutes les facultés qui lui sont reconnues sur les bâtiments sont bien suffisants pour expliquer leur création.

Nous avons vu que, dans le système de M. Demolombe et de ses partisans, le bailleur est propriétaire des constructions que son locataire a créées, dès leur incorporation dans le sol (art. 546, 551, 552, 553, 555), et qu'il peut les conserver pour lui, à moins qu'il ne préfère en réclamer la suppression (arg. art. 555 et 1730).

Dans le cas où le locateur opte pour le maintien des constructions, on est divisé, dans cette opinion, sur la question de savoir quelle indemnité il devra payer au preneur. Les uns prétendent qu'il est tenu de lui rembourser le montant intégral de ses dépenses en matériaux et en main-d'œuvre, et ils assimilent le locataire à un possesseur de mauvaise foi.

D'autres soutiennent que le bailleur a le choix entre le remboursement de toutes les impenses et la bonification au locataire de la plus-value créée par ses travaux de construction. Ils assimilent ainsi le preneur à un possesseur de bonne foi. Mais, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, ils accordent en même temps au bailleur la faculté de demander la suppression des édifices. N'y a-t-il pas inconséquence à reconnaître au locateur le droit de des-

truction vis à-vis du preneur, tout en plaçant celui-ci dans une situation analogue à celle du possesseur de bonne foi ? N'est-ce pas mettre le locataire à l'entière discrétion du propriétaire du terrain ? En outre, l'art. 555 *in fine* n'est-il pas formel en sens contraire ?

Quant à la jurisprudence, son système, qu'il est assez difficile de dégager, paraît être celui-ci : Le bénéfice de l'accession constituant un droit pour le propriétaire (art. 546, 551, 552, 553, 555), la renonciation du bailleur ne se présumera pas. Il s'ensuit que, dans le silence du contrat de louage, les constructions deviennent, au fur et à mesure de leur incorporation dans le sol, la propriété du locateur qui peut, au cours du bail, s'opposer à leur enlèvement, et, à la fin de la jouissance du preneur, obliger celui-ci à les laisser, en l'indemnisant conformément à l'art. 555 (V. Cass. 3 janvier 1849, S., 49, 1, 95 ; 1^{er} juillet 1851, S. 51, 1, 481 ; 8 mai 1877, S. 77, 1, 297).

Cette théorie est, comme on le voit, contraire à celle que nous avons adoptée. Une seule considération suffirait cependant à la faire condamner. En effet, les juges ont si bien compris quelles dangereuses conséquences pouvait entraîner le fait de reconnaître au bailleur un droit de propriété immédiat sur les constructions créées par le preneur, qu'ils n'ont pas hésité à se mettre en contradiction avec eux-mêmes plutôt que d'accepter certaines de ces conséquences. Ainsi, dès l'instant où l'on accorde au bailleur, en vertu de l'art. 555, un droit de propriété sur les bâtiments élevés par le preneur, celui-ci, à part le droit de jouir de ces édifices, n'a certainement plus contre le bailleur et jusqu'à la fin du bail qu'un droit mobilier, droit de créance ayant pour objet une indemnité si le locateur conserve les travaux de constructions, droit de propriété sur les matériaux, par conséquent encore droit purement mobilier, s'il exige la démolition. Cependant la

jurisprudence reconnaît au droit du preneur le caractère immobilier et lui permet d'hypothéquer conditionnellement ces constructions pendant la durée du bail. C'est ainsi que la Cour de Lyon, dans un arrêt du 18 février 1870 (S. 71, 2, 81), décide qu'une inscription hypothécaire avait été valablement prise sur un bâtiment du chef du preneur à raison d'une tutelle antérieurement gérée par lui.

La jurisprudence décide également que les créanciers du preneur pourront, durant le bail, saisir immobilièrement les constructions qu'il a établies sur le terrain loué (Rouen, 28 août 1859, S., 59, 2, 647; Cass., 7 avril 1862, S., 62, 1, 450; 27 juillet 1868, S., 69, 1, 38; 11 août 1884, S., 85, 1, 231).

Nous ajouterons que les arrêts sont loin d'être d'accord sur la nature des clauses d'où on peut induire la renonciation du bailleur au droit d'accession.

Le système que nous avons adopté a le grand avantage d'éviter ces contradictions et ces divergences. Nous allons en terminer l'exposé.

Nous nous sommes exclusivement occupé dans tout ce qui précède du cas où le sort des constructions n'avait pas été déterminé par une clause insérée dans le contrat de bail. Nous avons établi que, dans cette hypothèse, le preneur ayant la faculté de transformer, de démolir, comme bon lui semble, sans restrictions ni réserves, les constructions qu'il a créées dans les limites de son droit, en est propriétaire. Le droit d'accession est écarté à son profit pendant la durée du bail et ne produit ses effets qu'à l'expiration du contrat, suivant l'état de choses existant à ce moment.

Que faut-il décider si le bail contient une clause relative aux constructions ?

Toutes les fois que cette clause n'enlèvera pas au preneur la faculté de détruire, de modifier, selon son gré, les

bâtiments qu'il élèvera au cours du bail, il aura sur ses constructions tous les attributs de la propriété. Or il a toujours cette faculté, sauf dans le cas où il est tenu d'exécuter des travaux déterminés, ou encore dans l'hypothèse où les ouvrages faits par lui devront, à l'expiration de sa jouissance, rester au locateur sans indemnité.

Mais, s'il est stipulé expressément que les bâtiments nouveaux appartiendront pendant le bail au locateur, ou si les clauses du contrat de louage sont exclusives de la propriété du preneur, quels seront les pouvoirs du bailleur sur les constructions établies par le locataire ?

Le locateur est alors propriétaire des bâtiments élevés par le preneur, d'une part, il est vrai, en vertu de la clause portée dans le contrat de location, mais, d'un autre côté, à raison des dispositions des art. 546, 551, 552, 553.

Le droit d'accession produit ses effets dès l'incorporation des matériaux dans le sol, tandis que, dans les hypothèses précédentes, il était suspendu durant la période d'exécution du bail pour reprendre son empire à son expiration et d'après l'état de choses existant à ce moment.

Le bailleur étant propriétaire des édifices créés par son locataire jouira à leur occasion de toutes les facultés attachées au droit de propriété. Ses droits n'auront d'autres limites que ceux qu'il a conférés à son preneur. Mais il sera tenu de toutes les charges qui grèvent la propriété bâtie.

Quant au locataire, il n'aura sur ces constructions qu'un droit purement mobilier ; il jouira des édifices qu'il créera au même titre que du sol et des bâtiments anciens. A l'expiration du contrat de bail, son droit sera encore mobilier ; il portera en effet sur une indemnité, s'il en a été stipulé une, ou, à défaut, sur des matériaux, lorsque le bailleur exige la suppression et l'enlèvement des travaux.

Le plus souvent, lorsque des constructions sont prévues

dans le bail, les parties règlent ce qu'elles deviendront lors de l'expiration du contrat ainsi que l'indemnité qui devra alors être payée au constructeur.

Dans les grandes villes, à Paris surtout, les locations de terrain à bâtir sont fréquentes. Une personne par exemple prend à bail un terrain très bien situé pour être sur-bâti ; il est stipulé qu'elle y élèvera à ses frais des constructions qui resteront la propriété du bailleur sans indemnité ; mais une longue jouissance, à charge d'un loyer peu important, quelquefois même sans loyer, rémunérera le constructeur de ses impenses.

En d'autres hypothèses, les parties conviennent qu'avec un loyer normal les bâtiments appartiendront en fin de bail au locateur et que celui-ci en paiera la valeur d'après une estimation à dire d'experts. Dans ce cas, c'est la plus-value ajoutée au fonds par la construction, celle qu'on pourrait réaliser en argent si l'immeuble était vendu, que les experts devront prendre pour base de leurs opérations. Nous avons déjà remarqué que cette règle est exempte d'arbitraire et d'une application facile.

Nous savons cependant que, par un arrêt du 26 juillet 1838 (Dev., 1838, 1,781), la cour de cassation en a décidé autrement dans une espèce où il s'agissait d'un immeuble affecté à une destination spéciale (le Mont-Valérien, maison religieuse) ; mais cette décision, fondée sur des considérations de fait et qui devrait être étendue aux cas analogues, n'infirme en rien la règle que nous venons d'indiquer.

Enfin les parties pourraient convenir que leurs droits respectifs seront réglés, durant le bail, d'après les dispositions de l'art. 555. Cette stipulation aurait pour résultat d'assimiler le locataire à un tiers constructeur. Dans ce cas, nous le savons, le bailleur ne deviendrait propriétaire définitif et incommutable des constructions ajoutées par

le preneur qu'après avoir notifié à celui-ci son intention de maintenir les édifices. Cette déclaration exigée du bailleur peut d'ailleurs, conformément au droit commun, être expresse ou tacite. Elle sera tacite, notamment s'il aliène ou hypothèque les bâtiments ; dans ces deux hypothèses son droit d'option est épuisé. En tous cas, la déclaration sera comme non avenue vis-à-vis du locataire, si le bailleur ne prouve pas qu'elle lui a été signifiée ou qu'il en a eu connaissance. Jusqu'à ce moment, n'étant tenu qu'à restituer les lieux loués dans l'état où il les a reçus, le preneur sera libre de modifier, de détruire les constructions, d'en disposer ; mais, comme le bailleur en est propriétaire, la vente qu'en consentirait le locataire ne serait évidemment qu'une vente mobilière. Il est d'ailleurs incontestable que le bailleur n'aurait pas le droit d'exiger la démolition durant le bail ; s'il opte pour la suppression des travaux, l'enlèvement ne pourra avoir lieu qu'à l'expiration du contrat de location.

Nous dirons enfin que l'indemnité n'est due, dans tous les cas, au preneur qu'en fin de bail.

Le système que nous avons adopté peut se résumer ainsi : Dans le silence du contrat de location, le preneur, locataire ou fermier, est propriétaire des constructions qu'il a créées sur le fonds affermé, sans abus de jouissance, dans les limites de ses prérogatives. Il peut donc, durant le bail, les transmettre en tant qu'immeubles, les grever d'hypothèques ou autres droits réels, ou même les démolir selon ses besoins ou au gré de ses fantaisies.

A l'expiration du bail, il a la faculté d'enlever les travaux de construction qu'il a exécutés. Le bailleur ne pourrait pas invoquer l'art. 555 pour en exiger le maintien, même en offrant au preneur de lui rembourser le montant intégral de ses dépenses en matériaux et en main-d'œuvre. D'autre part le locataire ne saurait prétendre à la moindre indemnité, car il a construit à ses risques et périls.

Le locateur est, de son côté, propriétaire, pendant le cours du bail, des constructions élevées par son preneur, mais sous condition suspensive, sous la condition qu'elles seront encore incorporées au sol à la fin du contrat de louage. Comme tel, il lui sera loisible de faire tous les actes conservatoires de son droit éventuel (arg. art. 1180); il pourra même accomplir sur la chose les actes ordinaires de disposition, la vendre, l'hypothéquer, la grever de droits réels. Mais le sort de ces actes sera subordonné à celui du droit appartenant au constituant; car celui qui n'a sur un immeuble qu'un droit suspendu par une condition ne peut consentir qu'un droit réel soumis à la même condition (arg. art. 2125).

Si, pour une cause quelconque, les bâtiments subsistent encore lors de l'expiration de la jouissance du preneur, ils deviennent alors la propriété définitive et incommutable du locateur; ils lui appartiennent en vertu du droit d'accession qui, après avoir été suspendu pendant le contrat, reprend son empire pour l'avenir et agit même rétroactivement sur les droits consentis par le preneur.

Il est d'ailleurs incontestable que, si le contrat de location contient une clause relative aux constructions et dérogeant d'une manière expresse ou implicite à ce que nous regardons comme le droit commun en matière de bail, il faudra alors observer la convention des parties. C'est ce qui arrive, lorsqu'il a été expressément stipulé que les édifices nouveaux appartiendront pendant le bail au locateur, ou encore s'il est convenu que le preneur devra élever des constructions déterminées ou bien devant rester au bailleur sans indemnité lorsque le contrat de location prendra fin. Dans ces hypothèses, le locateur est propriétaire dès l'incorporation.

Le système que nous venons d'exposer et qui est déduit

des principes mêmes du contrat de louage nous paraît être le seul juridique. En outre, seul il permet de concilier les droits du bailleur avec les prérogatives que le bail confère au preneur.

Enfin, au point de vue économique, notre solution est à coup sûr bien préférable à celle du système qui n'accorde au locataire ou au fermier qu'un droit mobilier de jouissance sur les édifices qu'il a créés comme sur le fonds loué ou affermé.

En effet, nous vivons à une époque où le commerce et l'industrie prennent chaque jour des développements plus considérables. De plus le problème du crédit agricole est à l'ordre du jour, passionne l'opinion publique. Il convient donc, dans l'intérêt général, de favoriser autant que possible les institutions de crédit.

Or il est certain qu'il faut au preneur, locataire ou fermier, qui veut créer de grands établissements ou faire des travaux considérables sur les lieux loués, autre chose qu'un droit simplement personnel et mobilier sur les ouvrages qu'il est dans l'intention d'établir. Il lui faut, pour augmenter ses ressources, un droit de propriété au moyen duquel il puisse, par emprunt avec hypothèque, se procurer l'argent qui lui est nécessaire. Il importe, en d'autres termes, que le preneur puisse affecter les constructions qu'il a ajoutées à la garantie de ses créanciers, si l'on veut qu'elles puissent être utilisées d'une façon sérieuse au point de vue de son crédit.

Dans cet ordre d'idées, il serait peut-être à souhaiter qu'une loi soit rendue pour fixer, suivant des règles d'équité qu'elle déterminerait, l'indemnité due au locataire ou au fermier sortant à raison des travaux d'amélioration qu'il a exécutés sur le terrain loué ou sur la ferme.

En l'état actuel de notre législation, le preneur, en fin

de bail, n'a que le droit d'enlever les matériaux qu'il a employés dans les constructions. Il n'est créancier d'aucune indemnité à raison des améliorations qu'il a réalisées, améliorations dont le bailleur ne peut d'ailleurs exiger le maintien.

En fait, il arrive souvent qu'une convention intervient entre le bailleur désireux de profiter de l'augmentation de valeur créée sur son terrain et le preneur libre de détruire les travaux qu'il a exécutés.

Si cette indemnité contractuelle devenait une indemnité légale toujours exigible du propriétaire du sol, le fermier trouverait là un nouvel élément de crédit ; il pourrait en effet céder à ses créanciers son droit à cette indemnité.

La question d'une indemnité exigible par le preneur sortant à raison des améliorations par lui réalisées sur le domaine affermé n'est d'ailleurs pas nouvelle en France. Le Parlement en a été saisi à diverses reprises. Tout récemment encore elle a été agitée à la Chambre des députés à propos du bail à *domaine congéable*, en usage dans cette partie de la Bretagne qui comprend les départements du Finistère, du Morbihan et des Côtes-du-Nord.

On appelle bail à *domaine congéable* une convention par laquelle le propriétaire d'un immeuble le loue à un tiers pour une période déterminée, en lui vendant en même temps les édifices et superficies qui existent sur le fonds affermé. Le propriétaire y stipule en sa faveur une redevance annuelle, un fermage, généralement modique, qui s'appelle rente convenancière ; il se réserve expressément la propriété de son fonds ainsi que la faculté d'expulser et de *congédier* le preneur à l'expiration du temps convenu, ou même à toute époque, en lui remboursant, suivant leur valeur à dire d'experts, le prix de ses édifices et superficies, c'est-à-dire de tous les bâtiments et de tous les objets que l'art, la culture et le travail de l'homme ont élevés sur le sol.

On appelle ce contrat bail à *domaine congéable* à raison du droit qu'a le propriétaire de congédier le preneur. Ce dernier se nomme *colon*, ou *domanier*, ou encore *superficiaire* parce qu'il est propriétaire des édifices et superficies.

Quant au bailleur, il est désigné sous le nom de *foncier*.

Le bail à domaine congéable participe à la fois du bail et de la vente :

Du bail, puisqu'il ne confère au preneur que la jouissance précaire du fonds ;

Et de la vente, puisque la propriété des édifices et superficies est transmise au preneur sous la réserve du *congément* de la part du bailleur. C'est toutefois le caractère du louage qui prédomine.

Autrefois le *congément*, c'est-à-dire le droit de congédier, n'appartenait qu'au propriétaire. Depuis la loi du 6 août 1791, le droit de congément est réciproque entre le *foncier* ou propriétaire et le *superficiaire* ou preneur.

Telest, esquissé à grands traits, le bail à *domaine congéable*.

Or la loi du 6 août 1791, la seule qui soit intervenue en cette matière, si l'on excepte la loi électorale aujourd'hui abrogée du 19 avril 1831 qui s'occupait du bail à domaine congéable comme d'une convention parfaitement légale pour régler le mode de répartition de l'impôt foncier du fonds entre le bailleur et le domanier, la loi de 1791, disons-nous, accorde au domanier qui veut abandonner le fonds le droit d'exiger l'expertise et le remboursement de ses impenses.

Mais les fonciers trouvèrent un moyen ingénieux de se soustraire à l'application de cette disposition légale. A partir de 1791, ils introduisirent, paraît-il, dans les baux à domaine congéable une clause qui devint de style et en

vertu de laquelle le domanier renonçait à perpétuité au droit de provoquer l'expertise et de réclamer le paiement de ses impenses, en d'autres termes le *congément*.

C'est à cette situation, très-dommageable pour le colon, qu'un certain nombre de députés bretons ont songé à mettre un terme en revenant à la loi de 1791.

Ce qui importe, c'est, comme le dit très-bien le rapporteur, M. Le Cerf, que le colon ne soit plus à la discrétion du propriétaire. On ne peut, sans blesser l'équité, le mettre dans cette alternative : ou de laisser le fonds en abandonnant sans indemnité au foncier toutes les constructions et superficies qu'il a établies à ses frais, ou de subir, lors du renouvellement du bail, l'élévation de redevance qu'il plaira au propriétaire de lui imposer.

La Commission s'est arrêtée à la solution suivante : Si c'est le propriétaire qui refuse de renouveler le bail et veut reprendre son fonds, les usements ou anciennes coutumes restent en vigueur. Il doit rembourser au domanier la valeur des constructions et superficies estimées par le menu.

Si c'est au contraire le colon qui est dans l'intention de « *faire expouse* », c'est-à-dire de déguerpir, il aura droit désormais d'exiger une expertise judiciaire, à charge par lui de faire l'avance des frais.

Cette expertise a pour but de déterminer la plus-value procurée au sol par les constructions et les superficies.

« Les experts, dit le projet, estimeront la valeur vénale de l'immeuble recouvert, puis supposé dépouillé de ses édifices et superficies ; la différence entre les deux estimations constituera la plus-value. »

Ce principe est à coup sûr très-équitable et présente de grands avantages au point de vue économique en engageant le fermier à faire des améliorations sur le domaine, affirmé, certain qu'il sera d'être remboursé de ses impen-

ses lorsque sa jouissance prendra fin. Ne pourrait-on pas en étendre l'application à tous les baux en général et principalement aux baux ruraux ?

Plusieurs législations étrangères accordent au fermier sortant une indemnité pour les améliorations qu'il a faites sur le domaine affermé.

En *Angleterre*, d'après l'art. du 25 août 1883, ce sont des arbitres qui fixent le montant de l'indemnité ; ces arbitres sont nommés par les parties et à leur défaut par la cour du comté.

En *Portugal*, selon le Code civil de 1867, en cas de bail d'un fonds rural pour moins de vingt ans, le fermier a le droit, lorsqu'il sort, d'exiger une indemnité à raison des améliorations tant nécessaires qu'utiles faites par lui sur le domaine, alors même que le propriétaire n'aurait pas expressément consenti à ces changements.

D'après l'article 1615, la valeur des améliorations et ses intérêts seront payés seulement sur l'augmentation du revenu annuel qui en résultera pour le fonds sur lequel elles ont été réalisées.

L'art. 1611 dispose que le fermier peut faire, malgré le propriétaire, les réparations sans lesquelles il ne pourrait jouir du fonds selon sa destination.

Un projet en ce sens a été récemment déposé en *Espagne* ; le fermier jouirait d'une hypothèque légale et d'un droit de rétention sur l'immeuble comme garantie du remboursement de ses impenses pour améliorations réalisées avec l'autorisation du propriétaire et pour toutes les réparations nécessaires faites au fonds.

Si les améliorations ont été réalisées sans le consentement mais aussi sans l'opposition formelle du propriétaire, le fermier n'est autorisé à faire valoir qu'une hypothèque légale.

Ayant reconnu au preneur ordinaire non un simple

droit personnel et mobilier mais un droit de propriété immobilière sur les constructions qu'il élève pendant le cours du bail, lorsque le contrat de louage est muet à leur occasion, nous appliquerons à fortiori cette décision au preneur à long terme, spécialement à celui qui a obtenu la jouissance d'un fonds moyennant une prestation relativement minime, mais à la condition d'y faire des améliorations, en un mot à l'*emphytéote*.

L'emphytéose constitue-t-elle dans notre législation actuelle un contrat spécial, conférant un droit réel immobilier ?

La question est vivement controversée.

La plupart des auteurs et la jurisprudence admettent l'affirmative.

D'autres soutiennent, avec raison selon nous, que le Code civil a rejeté l'emphytéose et que, dans l'état actuel de nos lois, elle ne constitue qu'un bail à long terme conférant au preneur, comme les baux ordinaires, un droit simplement personnel de jouissance (Aubry et Rau, § 224, p. 454 ; Demolombe, t. IX, nos 489, 491, 529 ; Valette, Priv. et Hyp., t. 1, p. 191 ; Guillouard, Louage, t. 1, n° 10).

Nous ne nous engagerons pas dans le débat qui nécessiterait une étude approfondie de cette institution et qui nous paraît ainsi dépasser le cadre de notre travail. Nous ne ferons qu'une remarque : tandis que, suivant la doctrine qui prévaut, l'emphytéote peut hypothéquer son droit immobilier, il n'a, à notre avis, la faculté de concéder une hypothèque que sur les constructions élevées par lui durant sa jouissance.

Mais si l'emphytéose n'existe plus dans notre droit actuel, convient-il de la rétablir ?

Il est intéressant de savoir quelles solutions les principales législations étrangères ont données à cette question

qui intéresse vivement l'agriculture, le crédit, et à laquelle beaucoup de bons esprits ont, chez nous, répondu affirmativement, persuadés que, sans avoir la même raison d'être qu'autrefois, elle peut cependant rendre encore de grands services.

Angleterre. — Dans le droit anglais, les baux peuvent se diviser en deux catégories bien distinctes : — 1^o *les baux à long terme ou emphytéotiques*. Dans cette première catégorie se rangent : la longue tenure en loyer (*long leasehold*), dont la durée est de neuf cent quatre-vingt-dix-neuf ans, — la tenure en loyer ordinaire (*for ordinary terms*) qui dure en général quatre-vingt-dix-neuf ans, — le bail à vie (*life leasehold*). — 2^o Dans la seconde catégorie rentrent les baux ordinaires.

Il n'y a rien pour les baux à long terme qui ressemble à notre transcription. Seulement les baux d'une durée supérieure à trois ans doivent être constatés par écrit.

Le droit de jouissance est un droit mobilier. Néanmoins le loyer, les conditions du bail et les obligations du bailleur suivent la propriété dans sa transmission.

Dans les baux à long terme, on insère une clause résolutoire spéciale (*proviso for cesser*) par l'effet de laquelle le bail prend fin de plein droit, en cas d'inexécution par le fermier de ses obligations.

Belgique. — La loi du 10 janvier 1824, commune à la Belgique et à la Hollande, porte (art. 1^{er}) :

« L'emphytéose est un droit réel qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, sous la condition de lui payer une redevance annuelle soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété. »

L'art. 2 exclut la perpétuité ; la durée de l'emphytéose peut varier de vingt-sept à quatre-vingt-dix ans. L'obligation de planter, de faire des améliorations, n'est pas de

l'essence du contrat. L'emphytéote a la faculté d'aliéner, d'hypothéquer, de revendiquer contre toutes personnes, même contre le bailleur; en d'autres termes, son droit est réel. Ce droit est soumis à la transcription.

L'emphytéote peut réaliser des améliorations, élever des constructions, faire des plantations, transformer même la superficie, en augmentant la valeur du fonds (art. 3).

Mais le bailleur n'est pas tenu de lui payer la valeur des constructions et réparations (art. 8). L'emphytéote n'a que le droit d'enlever ses travaux de construction, sauf à réparer le dommage qui pourrait en résulter pour le sol; d'autre part, sa seule obligation consiste à rendre les lieux concédés tels qu'il les a reçus, sans dégradations ni détériorations.

Espagne. — Le contrat d'emphytéose perpétuelle est très-pratiqué. L'emphytéote a le domaine utile; il a le droit d'hypothéquer. Les règles applicables à ce contrat varient en général avec les provinces.

Italie. — L'art. 1556 du Code civil italien est ainsi conçu: « L'emphytéose est un contrat par lequel on concède à perpétuité ou à temps un fonds, à la charge de l'améliorer et de payer un revenu annuel et déterminé en argent ou en denrées. »

Le droit de l'emphytéote est immobilier (art. 415); aux termes de l'art. 1907-3^e, il est susceptible d'hypothèque.

Dans le cas de remise du fonds, l'emphytéote peut réclamer une indemnité à raison des améliorations qu'il a faites. Si la remise a lieu par la faute de l'emphytéote, celui-ci a une créance en indemnité égale à la somme la plus faible entre les dépenses qu'il a faites et l'amélioration à l'époque de la délivrance du fonds. Lorsqu'au contraire la remise a lieu par l'échéance du terme fixé,

L'indemnité est due à raison des améliorations réalisées, selon leur valeur au moment de la restitution (art. 1567).

Dans le cas de remise du fonds, les hypothèques consenties par l'emphytéote se résolvent sur le prix qui lui est dû pour améliorations (art. 1567).

L'emphytéose, même temporaire, est essentiellement rachetable. Dans le cas de rachat par l'emphytéote, les hypothèques du chef du concédant se résolvent sur le prix dû pour le rachat.

L'emphytéose a été maintenue à raison des grands services qu'elle peut rendre pour le défrichement des terres incultes.

Portugal. — L'emphytéose est admise (Code civil, art. 1653, 1721, chap XIII, *do contracto de empraçamento*).

L'emphytéote a la faculté d'hypothéquer le fonds, et de consentir toutes charges ou servitudes, sans le consentement du propriétaire direct, à la condition toutefois que l'hypothèque ou la charge n'absorbe pas la partie du fonds qui correspond à la rente et à un cinquième en sus.

Prusse. — D'après les art. 187, 286 du Code Prussien, on applique à l'emphytéose les principes de l'usufruit.

Ainsi l'emphytéose existe chez nos voisins; les codes anglais, belge, hollandais, italien, etc., l'admettent; ils en fixent la nature, en déterminent l'étendue.

En France, un projet de Code rural, présenté le 13 juillet 1876 et déjà voté en partie, rétablit l'emphytéose comme droit réel. L'exposé des motifs fait ressortir l'utilité qu'il y aurait à consacrer législativement cette institution; elle rendrait, dit-on, de grands services pour la mise en culture des terres (V. *Journ. offic.*, 1^{er} novembre 1876, p. 784).

Selon nous, le droit de rétention ne doit pas être généralisé par voie d'analogie; comme ici les textes sont muets, nous le refuserons au preneur.

CHAPITRE VII.

Des constructions élevées par l'emprunteur à usage.

Le prêt à usage peut avoir pour objet des meubles ou des immeubles (art. 1878), bien qu'il soit plus fréquent de voir prêter à usage des meubles.

Si l'emprunteur à usage s'est avisé de faire des constructions sur le fonds qui lui a été prêté, le prêteur aura le droit de faire démolir les bâtiments ainsi élevés. Cette faculté résulte expressément au profit de ce dernier, non pas de l'art. 555, qui est inapplicable ici puisque le droit de l'emprunteur sur la chose prêtée procédait d'une convention, d'un titre régulier, mais de l'art. 1890.

Aux termes de cet article, le prêteur à usage n'est tenu de rembourser à l'emprunteur que les dépenses faites pour la conservation de la chose, les dépenses extraordinaires, nécessaires et urgentes. Une dépense d'améliorations, si utile qu'elle puisse être, ne rentre pas dans les pouvoirs de l'emprunteur. Puisqu'il détient la chose, il peut et il doit même faire les dépenses nécessaires à sa conservation ; mais il ne peut l'améliorer aux frais du prêteur.

Le prêteur n'est donc point tenu de rembourser à l'emprunteur les sommes que celui-ci a dépensées pour établir des constructions nouvelles. En d'autres termes, il n'est point obligé de conserver pour lui les bâtiments que ce dernier a élevés ; il est en droit de le contraindre à les démolir et de lui réclamer en outre des dommages-intérêts

si l'usage abusif de la chose lui a causé un préjudice (arg. art. 1880-2^o C. Civ.)

Si les constructions élevées par l'emprunteur sont maintenues sur le sol, le prêteur à usage qui en est devenu propriétaire *jure accessionis* sera tenu d'indemniser le constructeur ; il devra d'ailleurs lui rembourser non pas la valeur des matériaux et le prix de la main d'œuvre (art. 555, possesseur de mauvaise foi), mais la plus-value subsistant.

En l'absence d'un texte, nous refuserons à l'emprunteur le droit de rétention pour toutes les créances nées à l'occasion de la chose prêtée.

CHAPITRE VIII

Des constructions élevées par un créancier antichrésiste.

L'antichrèse confère au créancier un droit de rétention sur l'immeuble qui lui est remis en nantissement et en outre un droit de jouissance.

Le créancier doit restituer l'immeuble soumis à l'antichrèse dès que la dette est entièrement éteinte. Il ne peut d'ailleurs espérer prescrire le fonds sur lequel porte son droit d'antichrèse par quelque laps de temps que ce soit (art. 2236). Il est tenu de pourvoir à l'entretien et à la conservation de l'immeuble dont il perçoit les fruits.

Mais, à la différence du preneur, locataire ou fermier, qui a la faculté d'apporter au fonds loué telles modifications qui en facilitent la jouissance ou la rendent plus profitable, lorsque ces modifications ne portent aucun préjudice au locateur et sont de nature à disparaître en fin de bail, l'antichrésiste doit respecter l'état de choses établi par le propriétaire et n'a pas le droit de faire des innovations.

Si néanmoins il s'avise de construire, quelles règles faudra-t-il appliquer aux constructions qu'il a élevées ?

Nous pensons que l'antichrésiste ayant édifié abusivement, en dehors des limites de son droit, ne sera pas propriétaire de la construction ; elle appartiendra par droit d'accession au débiteur, maître du sol (art. 552, 553), qui pourra soit contraindre le créancier à la démolir, soit la prendre pour lui à la charge d'indemniser le constructeur.

L'indemnité, dans le cas où le débiteur opte pour le maintien des bâtiments, est due, non par application de l'art. 555 qui doit être écarté ici parce que la situation des parties est fixée par un contrat, mais en vertu du principe d'équité d'après lequel nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Le débiteur sera donc quitte en tenant compte à l'antichrésiste de la plus-value subsistant.

Nous croyons d'ailleurs que le créancier a le droit de réclamer les intérêts de ses avances, dans la mesure bien entendu de l'augmentation de valeur qu'elles ont donnée au fonds.

En effet, en construisant, il a accru les produits de l'immeuble affecté à la sûreté de sa créance, et il a ainsi hâté la libération du débiteur envers lui.

Il s'ensuit que si on refusait à l'antichrésiste le droit de demander l'intérêt de ses impenses, le débiteur s'enrichirait à ses dépens.

On objecterait en vain contre cette solution que les intérêts ne sont dus qu'en vertu de la loi ou d'une convention.

Nous répondrons qu'il ne s'agit point ici d'intérêts véritables, mais d'un simple règlement de compte ayant pour objet les fruits à restituer par le créancier antichrésiste au débiteur. *Non sunt fructus nisi deductis impensis.*

Quant au droit de rétention, en l'absence d'un texte, nous ne pensons pas qu'on puisse l'accorder à l'antichrésiste.

Dans une autre opinion qui compte M. Demolombe (I, 693) parmi ses partisans, on applique l'art. 555 aux constructions élevées par l'antichrésiste, comme on l'applique au locataire ; en d'autres termes, on assimile le créancier qui a bâti au possesseur de mauvaise foi et on accorde en conséquence au débiteur qui rentre en posses-

sion de son fonds la faculté soit d'exiger l'enlèvement des travaux, soit de les conserver en payant la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre. Avec cette faculté, ainsi que nous le savons et comme le remarque l'éminent auteur, le propriétaire n'est jamais forcé à payer au-delà de la plus-value, si même il consent à la payer.

CHAPITRE IX

Des constructions élevées par divers mandataires.

SECTION I

Des constructions élevées par un mandataire muni d'un pouvoir spécial à l'effet de bâtir.

Une personne donne à un de ses amis le mandat d'élever une construction pour elle et dans son intérêt personnel, sur un terrain dont elle est propriétaire. L'ami accepte le pouvoir, va trouver un entrepreneur de constructions avec lequel il passe un marché ; la maison est établie.

Quels rapports juridiques l'exécution du mandat a-t-elle produits ?

Si le mandataire a agi dans la mesure des pouvoirs qui lui ont été conférés, la situation est la même que si le mandant avait accompli lui-même les actes faits par son mandataire ; les droits qui en dérivent sont acquis au mandant et les obligations qui en naissent passent à sa charge de la même manière que s'il avait contracté en personne. *Qui mandat ipse fecisse videtur.*

Le mandant est tenu de rendre le mandataire complètement indemne de toutes les suites de l'exécution du mandat ; il doit donc rembourser au mandataire les avances que celui-ci a faites en son nom (art. 1999-al. 1), avec les intérêts du jour où elles ont été déboursées (art. 2001) ; en outre il devra le libérer des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat (art. 1999).

Enfin les ouvriers et fournisseurs employés par le mandataire auront une action directe contre le mandant pour le paiement de leurs créances.

Mais ils n'auront pas cette action contre le mandataire qui a traité avec eux, car il est de règle que le mandataire ne s'oblige pas personnellement en cette qualité et n'oblige pas les autres envers lui. Ce principe souffre toutefois deux exceptions :

1^o Quand le mandataire s'est obligé personnellement ;

2^o Lorsqu'il n'a pas donné aux tiers avec lesquels il a traité une connaissance suffisante de ses pouvoirs.

Supposons maintenant que le mandataire a excédé les limites du pouvoir qui lui a été donné.

Si le mandant ratifie, expressément ou tacitement, les actes faits par le mandataire en dehors de ses pouvoirs, les mêmes solutions que dans l'hypothèse précédente devront être données. En ratifiant les actes accomplis au-delà du mandat par le mandataire agissant en cette qualité, le mandant se les est appropriés et la ratification rétroagit en principe au jour où ils ont été accomplis ; c'est un mandat rétrospectif (art. 1998-al. 2). Il s'ensuit notamment que l'intérêt dû au mandataire à raison de ses avances devra être calculé à dater du jour où elles ont été faites, conformément à l'art. 2001, et non pas seulement du jour de la ratification.

Mais si le mandant ne ratifie pas, il ne se trouve pas obligé par les actes faits par le mandataire en dehors de ses pouvoirs. Ces actes, qui sont alors considérés comme non avenus à l'égard du mandant, devront être appréciés, par rapport à lui, d'après les règles du quasi-contrat de gestion d'affaires. Le mandant ne sera donc tenu de remplir les engagements contractés par son mandataire en cette qualité que s'il y a eu bonne et utile gestion.

La question de savoir si la gestion a été utile est une question de fait à résoudre par les tribunaux en cas de contestaion. D'ailleurs, le droit de détruire et d'enlever étant très-rigoureux, très-dur, il est évident que les juges n'accorderont au mandant la faculté d'exiger la suppression des travaux que s'il y a eu mauvaise foi très-coupable de la part du mandataire.

SECTION II

Des constructions élevées par un entrepreneur ou un architecte.

Le propriétaire d'un terrain qui est dans l'intention d'élever des constructions sur son immeuble s'adresse ordinairement à un mandataire *sui generis*, un entrepreneur ou un architecte, avec lequel il passe un marché.

Quels droits naîtront des conventions intervenues entre eux ?

Le propriétaire du sol deviendra *jure accessionis* propriétaire du bâtiment édifié sur son fonds. En outre, l'architecte ou l'entrepreneur sera responsable envers lui, pendant un délai de dix ans à dater de la réception des travaux (Paris, 12 mai 1874, Sirey, 76, 2, 240), de la ruine totale ou partielle de l'édifice, si elle résulte d'un vice de la construction ou même d'un vice du sol (art. 1792).

Quant à l'architecte et à l'entrepreneur, ils ont contre le propriétaire du terrain avec lequel ils ont fait marché une créance privilégiée, mais qui ne s'exerce que sur la plus-value créée par leurs travaux, car c'est cette plus-value seulement qu'ils ont fait entrer dans le patrimoine du maître du sol (art. 2103-4°).

Mais la garantie qu'elle présente est le plus souvent insuffisante. D'autre part les formalités exigées par la loi pour l'acquisition et la conservation du privilège sont nombreuses et difficiles à remplir ; en outre elles sont fort coûteuses. En pratique, il n'y a guère qu'à Paris et lorsqu'il s'agit de constructions importantes qu'on les remplit. Aussi, dans les divers projets de réforme dont notre régime hypothécaire a été l'objet, a-t-on réclamé avec énergie la suppression soit des formes, soit du privilège lui-même.

SECTION III

Des constructions élevées par un mandataire investi d'un pouvoir conçu en termes généraux.

Primus voulant faire une longue absence donne à son ami *Secundus* mandat de gérer tous ses intérêts.

Ce mandat, conçu en termes généraux, comprend en principe le pouvoir pour *Secundus* de faire toutes les réparations nécessaires à l'entretien et à la conservation des biens du mandant. Le mandataire pourra, avec les revenus des biens de *Primus*, payer les entrepreneurs et les ouvriers qui ont exécuté les travaux ; ces actes lieront certainement le mandant, car le mandataire a agi, en les accomplissant, dans la sphère et pour les besoins de son administration.

Les pouvoirs conçus en termes généraux ne s'étendent pas en principe au-delà des actes d'administration (art. 1988-1°).

Cependant ils devront être entendus d'une manière plus large lorsque les circonstances qui ont présidé à la constitution du mandat permettront de l'interpréter dans le sens

du droit pour le mandataire de faire des constructions nouvelles avec l'argent provenant des revenus des biens du mandant.

Si par exemple la procuration a été laissée par une personne partant pour un pays éloigné où elle va faire un long voyage, on doit donner une large extension aux pouvoirs, car il est vraisemblable que cette personne a été dans l'intention de laisser son mandataire libre d'employer ses revenus à son gré ; en effet, comme dit Pothier, ce mandataire n'est pas à portée de la consulter.

Mais, en dehors de cette hypothèse et d'autres analogues, le mandataire sort incontestablement des limites de son mandat en élevant des constructions nouvelles sur le terrain du mandant, sans son assentiment. En effet le mandataire investi d'un mandat conçu en termes généraux ne peut en principe accomplir que les actes d'administration et le fait d'édifier une construction n'est certainement pas un acte de pure administration. Il faudra donc le traiter comme un gérant d'affaires relativement à ces édifices et lui appliquer les solutions que nous donnerons plus loin (chapitre X).

SECTION IV

Des constructions élevées par un mandataire dont les pouvoirs sont restreints aux actes d'administration.

Le mandat restreint aux actes d'administration comprend en principe le pouvoir de passer toutes les conventions que nécessitera l'administration des biens du mandant.

Il en résulte que le mandataire fera valablement des réparations d'entretien, par exemple des impenses d'améliorations ou des réparations nécessaires et qu'aux termes de l'art. 1998-1^o ces actes lieront le mandant comme s'il les avait accomplis lui-même, car le mandataire a agi dans la sphère et pour les besoins de son administration.

Que faut-il décider si le mandataire élève une construction nouvelle ?

Il est incontestable que, dans ce cas, le mandataire a excédé les limites de son mandat. L'édification d'un bâtiment ne saurait en effet rentrer dans les actes de pure administration ; il s'ensuit que le mandant ne sera pas obligé par les actes que le mandataire aura pu faire (art. 1998 — 2^o) ; en d'autres termes, si la gestion ne lui a pas été utile, il pourra demander l'enlèvement des travaux ; le mandataire qui excède ses pouvoirs doit, en effet, être traité comme un gérant d'affaires.

Mais, s'il est désireux d'en profiter, le mandant pourra très-bien conserver la construction ; ce maintien emporte ratification des marchés et autres actes faits par le mandataire. La ratification produisant en général un effet rétroactif, le mandataire sera réputé avoir eu dès le principe des pouvoirs suffisants pour construire. Le mandant sera par conséquent obligé envers les tiers qui ont traité avec le mandataire comme s'il avait traité lui-même, et il sera tenu de rendre le mandataire complètement indemne de toutes les suites de l'exécution du mandat.

Les règles que nous venons de donner sont générales et s'appliquent en principe, qu'il s'agisse d'un mandat conventionnel, légal ou judiciaire.

Nous les appliquerons principalement :

1^o *Au séquestre conventionnel* qui peut avoir pour objet des immeubles aussi bien que des effets mobiliers (art. 1959). Le contrat de séquestre a pour objet la conser-

vation de la chose déposée jusqu'au vide du litige existant entre les diverses personnes qui prétendent droit à la chose. La mission du depositaire, lorsque le séquestre porte sur des immeubles, consiste non seulement à la garder, mais encore à l'administrer; son mandat est en principe restreint aux actes d'administration, car son unique obligation consiste à restituer la chose qui lui a été confiée en dépôt;

2° *Au séquestre judiciaire* (art. 1961). Le plus souvent, le jugement qui ordonne le séquestre fixe l'étendue des pouvoirs de la personne qu'il en charge. Mais que le jugement règle ou non ces attributions, on peut dire qu'elles sont, d'une manière générale, celles d'un *administrateur provisoire* et que, dans tous les cas, l'administration du séquestre judiciaire, dont la durée est nécessairement très-limitée, ne doit pas dépasser les limites de la nécessité (Cass., 16 janvier 1855, Sirey, 55, 1, 97).

Il importe peu d'ailleurs qu'il s'agisse de l'administration d'une chose litigieuse, ou de celle du patrimoine d'un *contumax*; les biens de ce dernier sont d'ailleurs régis par l'administration des domaines comme biens d'absent (C. I. Cr. art. 470);

3° *A celui qui est chargé par la justice*, en vertu de l'article 112 du Code civil, de l'administration des biens d'un absent. En général, les tribunaux, en nommant ce gérant, déterminent l'étendue de ses pouvoirs qui seront le plus souvent très-restreints;

4° *A l'envoyé en possession provisoire* à qui est confiée l'administration des biens de l'absent (art. 125 C. civ.). Il n'a en principe que les pouvoirs qui appartiennent à tout administrateur du patrimoine d'autrui; il ne pourra dès lors faire exécuter que les réparations nécessaires, sans qu'il y ait d'ailleurs lieu de distinguer entre les grosses réparations, les réparations d'entretien et les réparations locatives;

5° *A la femme* qui administre les biens de son mari absent (art. 124, C. civ.);

6° *Au curateur à une succession vacante*; c'est le représentant légal de la succession; il est chargé à ce titre de l'administrer et de la liquider; son rôle est analogue à celui de l'héritier bénéficiaire (art. 813 et 814 C. civ., 1002 C. de proc. civ.);

7° *A l'administrateur provisoire* chargé de la gestion des biens d'un aliéné placé dans un établissement public et qui ne doit faire que les actes urgents de simple administration (loi du 30 juin 1838, art. 31).

SECTION V

Des constructions élevées par un tuteur.

Les solutions que nous allons donner pour le tuteur d'un mineur s'appliquent aussi au tuteur d'un interdit légalement ou judiciairement, car la tutelle des interdits est régie par les mêmes règles que celles du mineur (art. 506 et 509 du C. civ., art. 29-2^e partie Code pénal).

Le tuteur doit accomplir tous les actes d'administration concernant les biens du mineur, c'est-à-dire ceux qui ont pour but de les conserver et de les faire fructifier; en ce qui concerne les immeubles, il doit notamment faire les réparations nécessaires, louer ou affermer les biens susceptibles de location, en percevoir les revenus, etc.

A-t-il le droit d'établir des constructions nouvelles sur le terrain du mineur?

Sous l'empire du Code civil, le tuteur avait incontestablement le droit d'employer les deniers pupillaires disponibles entre ses mains à édifier des bâtiments sur un

fonds appartenant au mineur, sans aucune autorisation ni du conseil de famille ni du tribunal. En effet il pouvait alors, comme aujourd'hui du reste, faire, pour le compte de son pupille et sans aucune formalité spéciale, tous les actes que ne lui interdisait pas une disposition expresse ou implicite de la loi. Or les rédacteurs du code civil n'établissaient aucune restriction aux pouvoirs du tuteur en ce qui concerne l'emploi des deniers pupillaires et s'en rapportaient sur ce point à sa prudence et à sa sagesse ; mais cette omnipotence, qui était la règle en la matière, a été restreinte par la loi du 27 février 1880.

L'article 6 de cette loi intitulée : « *Loi relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur* » est ainsi conçu : « *Le tuteur devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui lui adviendrait par succession ou autrement, et ce, dans le délai de trois mois, à moins que le conseil de famille ne fixe un délai plus long, auquel cas il pourra ordonner le dépôt comme il est dit en l'article précédent. — Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'article 455 du Code civil seront applicables à cet emploi.* »

En déclarant applicables à l'emploi des capitaux du mineur « *les règles prescrites par les articles ci-dessus* » le texte que nous venons de transcrire autorise le conseil de famille à ordonner, pour le placement des capitaux, toutes les mesures qu'il jugera utiles (art. 1 *in fine* de la loi précitée). Ce conseil pourra donc déterminer par anticipation le mode d'emploi des capitaux du mineur, quelle qu'en soit l'origine, dire s'ils seront placés en *immeubles* ou en *valeurs mobilières*. C'est seulement à défaut de cette détermination que le tuteur aura le choix du placement.

Les restrictions que la loi du 27 février 1880 apporte aux pouvoirs des tuteurs s'appliquent d'ailleurs à tous les tuteurs, même au survivant des père et mère.

L'emploi des deniers pupillaires en constructions peut être très-avantageux, lorsque le mineur est propriétaire d'un terrain à bâtir. Ce placement sera donc valable et obligatoire pour le pupille, si le tuteur l'a fait dans la limite de ses pouvoirs et si, à la fin de la tutelle, les entrepreneurs qui ont fait les travaux ont été intégralement payés, car il y a là un acte de bonne administration.

Mais supposons le cas où, aucun mode d'emploi n'ayant d'ailleurs été indiqué par le conseil de famille, le tuteur a élevé des constructions nouvelles sur le terrain du mineur, et, à la fin de la tutelle, il y a encore des sommes considérables à payer aux entrepreneurs qui ont exécuté les travaux de construction. Que faudra-t-il décider dans cette hypothèse ?

Le tuteur a, aux termes de l'article 450 du Code civil, un mandat général pour administrer le patrimoine de son pupille ; mais, comme tout administrateur du bien d'autrui, il ne doit pas excéder les limites de ses pouvoirs ; tous les actes accomplis par lui en dehors de son mandat sont donc comme non avenus à l'égard du mineur qui, parvenu à sa majorité, pourra les attaquer.

Or il est incontestable que le tuteur a dépassé ses pouvoirs en grevant, sans autorisation soit du conseil de famille, soit du tribunal, le patrimoine du mineur d'impenses considérables alors que, d'une part, il n'avait pas entre les mains assez de fonds disponibles pour payer les ouvriers chargés de l'exécution des travaux et que, d'autre part, il ne pouvait espérer être en mesure de les désintéresser, avant la fin de la tutelle, avec les revenus du mineur. Celui-ci pourra refuser de conserver des constructions élevées sur son immeuble dans de pareilles conditions.

Tel est le principe. Mais il faut ajouter que beaucoup de circonstances pourront le modifier et qu'en fait il ne s'exercera que dans des cas exceptionnels. Le tuteur est un mandataire d'une nature toute spéciale ; il n'est pas libre de refuser son mandat. En outre, si l'emploi des deniers de son pupille lui est imposé, la loi lui laisse une grande latitude pour le choix du placement. Il a donc pu faire, de lui-même, les actes qu'il a cru être utiles aux intérêts du mineur et celui-ci ne sera point admis à les critiquer, surtout si la gestion a été bien faite. Le droit de destruction ne sera donc guère exercé, à moins qu'il n'y ait eu de la part du tuteur mauvaise foi et intention de nuire.

Le tuteur doit être, comme tout mandataire, rendu complètement indemne des engagements qu'il a pris et des avances qu'il a faites pour le compte du mineur. Il a la faculté de réclamer les intérêts de ses déboursés du jour où il les a faits. Mais, les textes étant muets, nous lui refuserons le droit de rétention.

SECTION VI

Des constructions élevées par le père administrateur des biens de son enfant mineur.

On admet généralement que les pouvoirs et les obligations d'un père, administrateur des biens de son enfant mineur, sont les mêmes que ceux d'un tuteur ; seulement il n'est pas, comme celui-ci, soumis à l'autorité d'un conseil de famille.

Nous appliquerons donc, quand il aura élevé des édifices sur le terrain de son enfant, les solutions que nous venons de donner à propos du tuteur.

Ainsi il pourra employer les revenus de son enfant en constructions nouvelles et, à la fin de l'administration légale, cet enfant sera tenu d'accepter l'emploi fait par son père, si les dépenses qu'ont occasionnées les constructions ont été entièrement couvertes et payées avec ses revenus.

Si au contraire, au moment où finit l'administration légale, des sommes considérables sont encore dues aux entrepreneurs qui ont exécuté les travaux, l'enfant ne sera point obligé de conserver les constructions nouvelles établies sur son terrain, à moins qu'en les édifiant son père n'ait accompli un acte de bonne gestion.

Mais si le bâtiment convient à l'enfant, il lui est loisible de le prendre pour lui ; s'il le conserve, il ratifie tous les actes accomplis par son père et sera obligé de le rendre indemne.

On objecterait en vain contre notre solution que le père administrateur pouvant, en vertu de son droit d'usufruit, faire son profit de tout le revenu des biens de son enfant, doit être assimilé à l'usufruitier et qu'en conséquence, aux termes de l'art. 599, il ne peut réclamer aucune indemnité à raison des améliorations, quelles qu'elles fussent, qu'il a réalisées sur le fonds dont il a la jouissance, alors même qu'elles consisteraient en constructions nouvelles.

Notre réponse serait que l'art. 599 n'est pas applicable aux constructions élevées par l'usufruitier ; nous l'avons établi plus haut.

En outre, quand bien même on admettrait que les édifices créés par un usufruitier sont régis par l'art. 599, il ne faudrait pas appliquer ce texte à ceux établis par le père administrateur ; en effet il n'est pas un usufruitier ordinaire, ayant un démembrement du droit de propriété. S'il perçoit les revenus des biens de son enfant, ce n'est

pas dans son intérêt personnel, mais bien dans celui de son enfant (arg. art. 385-2° C. civ.).

SECTION VII

Des constructions élevées par le mari sous les divers régimes.

1° RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

1°. — *Le mari a élevé des constructions sur un immeuble de la communauté.*

Quels droits vont résulter de ces constructions ?

L'édifice appartient incontestablement à la communauté. D'une part, en effet, les bâtiments sont un accessoire du sol et, d'autre part, les immeubles acquis pendant le mariage appartiennent à la communauté (art 1401-3°).

Quant aux entrepreneurs qui ont exécuté les travaux de construction, ils pourront demander leur paiement au mari qui a contracté avec eux ; et, comme toute dette du mari qui prend naissance pendant le mariage tombe à la charge de la communauté, les biens communs seront aussi obligés. Enfin, si ces entrepreneurs ont traité avec la femme autorisée de son mari, ils pourront poursuivre aussi les biens personnels de cette dernière.

Pendant la durée de la communauté, les obligations contractées envers les entrepreneurs seront donc, tout au moins, dans le dernier cas, exécutoires sur l'un ou l'autre de ces trois patrimoines.

A la dissolution de la communauté, de deux choses l'une : ou la femme accepte, ou elle renonce à la communauté.

Si elle renonce, elle perd tous droits sur les biens communs (art. 1492) ; elle est réputée n'avoir jamais été commune. Il s'ensuit que le mari a édifié non pas sur un terrain commun, mais sur un fonds qui, aux yeux de la loi, lui a toujours appartenu.

Lorsqu'au contraire la femme accepte la communauté, cette acceptation donne lieu au partage des biens communs ; la communauté se liquide d'après sa consistance au moment de la dissolution ; les immeubles seront donc estimés tels qu'ils se comportent, avec les constructions nouvelles qui y ont été élevées.

Quant aux actes accomplis par le mari, par exemple aux marchés qu'il a passés pour l'établissement des constructions, la femme, en acceptant la communauté, les ratifie, les fait siens et se met dans la même situation que si elle y avait personnellement concouru.

D'ailleurs le mari, en construisant, a incontestablement agi dans la limite dans ses pouvoirs. La loi l'autorise en effet à disposer des biens communs comme bon lui semble (art. 1421), sauf la restriction de l'art. 1422 en ce qui concerne les donations entre-vifs à titre gratuit. Il importe peu dès lors qu'il ait fait des impenses considérables pour l'établissement des constructions sur un fonds commun et que la plus-value ajoutée à ce fonds par les bâtiments ait été de minime importance.

Cette solution devra être donnée, soit que les entrepreneurs aient été ou non payés, soit, s'ils l'ont été, qu'ils aient été désintéressés avec l'argent de la communauté ou avec des deniers propres à l'un des époux.

Il est cependant utile de savoir si, lors de la dissolution de la communauté, les ouvriers qui ont exécuté les travaux ont été ou non payés.

Ont-ils été payés, il n'y a pas de difficulté s'ils ont été désintéressés avec les deniers puisés dans la caisse de la communauté, car la question de récompense ne se pose pas.

Lorsqu'au contraire ils ne sont pas encore payés, ils pourront, s'ils ont pris soin de remplir les formalités prescrites par les art. 2103-4^o, 2106 et 2110 pour l'acquisition et la conservation de leur privilège sur les bâtiments qu'ils ont élevés, poursuivre le recouvrement de leurs créances contre l'époux dans le lot duquel ces bâtiments seront tombés : ils auront en outre action pour la totalité de ce qui leur est dû contre le mari sur tous ses biens (art. 1484) et contre la femme jusqu'à concurrence soit de la moitié de leurs créances (art. 1487), soit seulement de son émolument, c'est-à-dire du bénéfice qu'elle retire de la communauté, si elle a fait bon et fidèle inventaire (art. 1483).

2^o Le mari a fait des constructions sur un terrain propre à sa femme.

Le mari qui a sur les biens de la communauté des pouvoirs presque égaux à ceux d'un propriétaire (art. 1421) n'a en général, comme administrateur des biens de sa femme, que les pouvoirs qui appartiennent à tout administrateur du patrimoine d'autrui, notamment au tuteur et à l'envoyé en possession provisoire. Il doit donc pourvoir à la conservation des propres de sa femme (art. 1428) et, parmi les actes conservatoires dont il est tenu, figurent les réparations, non seulement celles d'entretien, mais encore les grosses réparations qui d'ailleurs restent pour le compte de la femme et ne sont payées par la communauté que sauf récompense.

Mais le mari n'a pas le droit d'édifier sur un terrain propre à sa femme; car le fait d'élever une construction n'est point un acte d'administration.

Si cependant il s'avise de bâtir, nous pensons qu'il faudra distinguer deux cas : ou il a agi du consentement de sa femme, ou au contraire celle-ci s'est opposée à l'établissement des constructions.

1^o Le mari a établi les édifices du consentement de sa femme, ou à son vu et su, sans opposition de sa part.

Il y a dans ce cas mandat au moins tacite de la femme ; elle ne sera donc pas admise à critiquer les actes de son mari à l'occasion des édifices qu'il a ainsi élevés.

Les bâtiments seront d'ailleurs *jure accessionis* la propriété de la femme ; ils devront, au décès de celle-ci, être compris dans la déclaration de sa succession, alors même que ses héritiers renonceraient à la communauté.

Lorsque les ouvriers ont été payés avec des deniers propres à la femme, il n'y a pas de difficulté.

Si, au contraire, les entrepreneurs ont été désintéressés avec l'argent du mari, celui-ci aura droit à récompense contre sa femme pour une somme égale aux impenses qu'il a faites à l'occasion des bâtiments en matériaux et en main-d'œuvre, quel que soit le parti que prenne la femme à la dissolution de la communauté, alors même qu'elle y renoncerait.

Lorsque c'est la communauté qui a fourni les fonds pour payer les constructions, la femme devra récompense. Mais quel sera le montant de l'indemnité ? La femme devra-t-elle restituer la totalité des sommes déboursées par la communauté ? La récompense ne sera-t-elle, au contraire, que du profit retiré par la femme des constructions, en d'autres termes de la plus-value que les bâtiments ont donnée à son terrain ?

Les auteurs sont divisés sur la question.

Suivant quelques-uns, la femme doit rembourser à la communauté toutes les sommes qui ont été puisées dans sa caisse, car la communauté d'une part et la femme de

l'autre jouent le rôle d'un prêteur et d'un emprunteur. Or, il est clair que l'obligation d'un emprunteur est, ni plus ni moins, de la somme qu'on lui a prêtée, sans qu'il y ait à rechercher si l'emploi qui en a été fait a été plus ou moins avantageux, si son profit a été supérieur ou inférieur à la somme fournie.

Mais l'opinion contraire est admise par la plupart des auteurs et par la jurisprudence.

Pothier, dit-on dans ce système, enseigne que « la récompense n'excède jamais ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand qu'ait été le profit que le conjoint a retiré » et il ajoute que « la récompense n'est pas toujours de ce qu'il en a coûté à la communauté pour l'affaire particulière de l'un des conjoints ; elle n'est due que jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité. »

Or, les rédacteurs du Code civil, dont Pothier a été le guide à peu près exclusif en ce qui concerne le régime de la communauté, ont vraisemblablement adopté son opinion.

Aussi considère-t-on que le second principe posé par Pothier doit recevoir encore aujourd'hui son application, car l'art. 1437 *in fine* indique tout à la fois la règle et la mesure de la récompense par ces mots : « *toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel de la communauté, il en doit la récompense.* »

En présence d'un texte aussi précis, nous n'hésiterons pas à adopter le second système.

La communauté qui a fourni l'argent avec lequel les constructions ont été payées n'aura donc droit qu'au remboursement de la plus-value, calculée d'ailleurs à l'époque de la dissolution de la communauté, car la femme ne profite que de cette plus-value (Bordeaux, 22 janvier 1880, Sirey, 81, 2, 76. — Caen, 29 novembre 1881, Sirey, 84, 2, 145).

Quant aux entrepreneurs qui ont exécuté les travaux, ils pourront poursuivre le recouvrement de leurs créances contre le mari qui sera presque toujours obligé personnellement, par conséquent aussi contre la communauté.

Ils auront également action contre la femme dont le mari n'a été que le mandataire.

Tant que la communauté durera, ils auront donc pour gage les trois patrimoines dont cette communauté suppose l'existence (art. 1419).

D'ailleurs leur gage ne sera pas amoindri s'ils ne sont pas encore désintéressés au moment de la dissolution de la communauté, car ils pourront alors poursuivre non-seulement le mari, mais aussi la femme sur tous ses biens, quand même elle renoncerait à la communauté ; elle est en effet obligée personnellement et elle ne peut par sa renonciation, par conséquent par son propre fait, se libérer des liens de son obligation.

2° Le mari a élevé des constructions au vu et su de sa femme, mais elle y a mis opposition ; elles ont été faites à son insu ou elle a connu l'existence des travaux, mais elle a été dans l'impossibilité de s'y opposer.

Le mari, en édifiant des constructions sur un terrain propre à sa femme, est à coup sûr sorti des limites de ses pouvoirs d'administrateur. Sa femme ne sera pas liée par les actes qu'il aura accomplis à l'occasion de ces bâtiments (arg. art. 1998-2°) et, de même que le propriétaire sur le fonds de qui un tiers a construit sans mandat, elle pourra, à son gré, les ratifier, ou les tenir pour nonavenus.

Si elle ratifie, elle s'approprie ce qui a été fait par son mari auquel elle est censée avoir donné mandat de bâtir ; nous retombons ainsi dans la première hypothèse.

Si elle ne ratifie pas expressément et qu'elle renonce à la communauté, elle n'est pas obligée par les actes et

marchés que son mari a faits ; elle peut donc réclamer l'enlèvement des constructions, à moins qu'il n'y ait eu bonne et utile gestion.

Dans le cas au contraire où elle accepte la communauté, la femme ratifie en quelque sorte tacitement les actes de son mari ; en outre, par le fait même de son acceptation, elle est tenue de la moitié des dettes contractées par le mari envers les entrepreneurs qui ont exécuté les travaux.

Quant à ceux-ci, s'ils ne sont pas encore payés au moment de la dissolution de la communauté, ils pourront poursuivre contre le mari le paiement intégral de leurs créances ; ils auront aussi action contre la femme jusqu'à concurrence soit de la moitié de ce qui leur est dû, soit seulement de son émolument si elle a eu soin de faire procéder à un « *bon et fidèle inventaire* » (art. 1483).

II. — RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE.

Sous ce régime comme sous celui de la communauté légale, le mari est administrateur à la fois des biens communs et des biens personnels de sa femme. Ses pouvoirs sur ces derniers biens sont réglés par les art. 1428 et suiv. qui sont applicables ici, la loi n'y ayant pas dérogé, à moins, bien entendu, qu'ils n'aient été modifiés par des stipulations particulières. Il s'ensuit que les constructions élevées par le mari sur un terrain propre à sa femme sont en principe régies par des solutions identiques à celles que nous venons de donner sous le régime de la communauté légale.

III. — RÉGIME D'EXCLUSION DE COMMUNAUTÉ.

Sous ce régime, de même que sous les deux précédents, les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme sont en principe ceux d'un administrateur ordinaire et sont régis par les dispositions des art. 1428 et suiv. Il s'ensuit que, si le mari bâtit sur un terrain propre à sa femme, il faudra appliquer aux constructions qu'il aura élevées les règles du mandat ou de la gestion d'affaires.

Le mari est, sous ce régime, usufruitier de la fortune de sa femme (art. 1530) ; mais celle-ci argumenterait en vain de l'art. 599 pour prétendre qu'il n'a droit à aucune indemnité à raison des améliorations qu'il a réalisées sur un terrain à elle propre. En effet, ainsi que nous l'avons établi, l'art. 599 n'est pas applicable aux constructions nouvelles établies par l'usufruitier. En outre le mari n'est pas un usufruitier véritable ; il est tenu de subvenir aux charges du mariage et les fruits qu'il perçoit des biens de sa femme sont spécialement affectés à cette destination (art. 1530).

IV. — RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS.

Sous ce régime, la femme a la jouissance et l'administration de son patrimoine. Les époux sont à considérer, quant à leurs biens, comme étrangers l'un à l'autre, sauf que la femme ne peut, pas plus ici que sous un autre régime, aliéner ses immeubles sans autorisation, et qu'elle doit contribuer aux dépenses du mariage. Il en résulte que, si le mari élève des constructions sur un terrain propre à sa femme, on devra appliquer à ces bâtiments les règles de la gestion d'affaires.

V. — RÉGIME DOTAL.

Il faut distinguer si les constructions ont été élevées sur un fonds dotal ou si au contraire elles ont été édifiées sur un immeuble paraphernal.

1^o — *Le mari a construit sur un terrain dotal.*

Quels droits vont résulter des constructions qu'il a créées ?

Observons tout d'abord que les constructions seront dotales comme le fonds lui-même, sans qu'il y ait là rien de contraire au principe que « *la dot ne peut être... augmentée pendant le mariage* » (art. 5143).

Cependant quelques auteurs soutiennent que l'édifice créé sur le fonds dotal n'est pas dotal (arg. [art. 1553] ; admettre la solution contraire serait, dit-on, soustraire aux créanciers des biens paraphernaux (Rodière et Pont, traité du contrat de mariage, III, 1683).

On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de Paris du 23 mai 1863 (Journal du Palais, année 1865, page 457).

Mais le système contraire, qui est d'ailleurs généralement admis en doctrine, nous paraît devoir être adopté.

En effet, le bâtiment une fois construit, étant désormais un accessoire du fonds sur lequel il repose, est nécessairement de même condition juridique et de même qualité, dotal donc lui-même aussi, dès son incorporation, dans le cas où le sol qui le porte est dotal.

Quant à l'action des entrepreneurs qui ont fait les travaux de construction et à celle du mari contre sa femme, deux hypothèses doivent être distinguées :

Première hypothèse. — Il y a eu mandat exprès ou tacite de la femme.

Les entrepreneurs auront le droit de poursuivre le mari sur tous ses biens, car ordinairement il sera leur obligé principal.

Mais s'ils veulent exercer leurs créances en indemnité contre la femme, ils n'auront d'action que sur ses biens paraphernaux.

Quant aux biens dotaux, ils ne seront pas en droit de les saisir pour obtenir leur paiement, même après la dissolution du mariage, car ces biens ne peuvent être aliénés ni directement, ni indirectement, soit par le mari, soit par la femme, soit par les deux conjointement (art. 1554). Ils ne pourraient être aliénés que pour le paiement « *de grosses réparations indispensables pour la conservation de l'immeuble dotal* » (art. 1558-4^o). Or, dans notre hypothèse, il ne s'agit point de réparations d'une nécessité urgente, impérieuse, sans lesquelles l'immeuble serait perdu, mais de simples améliorations.

Cette opinion a été consacrée par la jurisprudence (Cass. 10 juin 1885, D. 86, 206. — Bordeaux, 17 juin 1874, Sir., 75, 2, 132. — Lyon, 11 mars 1886, Sir., 88, 2, 7).

Pour M. Bertauld (questions pratiques et doctrinales, du Code Napoléon, I, 636), si la construction est dotale, le tiers constructeur aurait du moins contre la femme une action *de in rem verso*, même sur la dot : « Celui qui a fait les affaires de la dot doit avoir action sur la dot et dans la même mesure. »

Nous répondrons à ce jurisconsulte que la prohibition d'aliéner étant formulée dans les termes les plus généraux (art. 1554), le principe de l'inaliénabilité ne souffre d'autres exceptions que celles expressément écrites dans la loi ; or, comme nous venons de le voir, nous ne sommes pas ici dans l'une de ces exceptions.

Deuxième hypothèse. — Le mari a construit sans mandat, ni exprès ni tacite, de sa femme.

Le mari a incontestablement dépassé ses pouvoirs en élevant des édifices nouveaux sur le fonds dotal ; car, malgré que ses pouvoirs sur les biens dotaux soient beaucoup plus étendus que ceux qu'il a sous les autres régimes quant aux biens propres de la femme qu'il est chargé d'administrer (arg. art. 1428 et 1549 al. 1 et 2), il n'a pas en général, relativement aux actes qui transforment les biens dotaux, qui font qu'il y a lieu, depuis le travail exécuté, *res alia, res nova*, il n'a pas, disons-nous, plus de pouvoirs qu'un administrateur ordinaire du patrimoine d'autrui.

Il s'ensuit que, s'il n'y a pas en bonne et utile gestion, la femme ne sera pas liée, même sur ses biens paraphernaux, par les actes que son mari a accomplis à l'occasion des constructions.

Elle a donc le droit de faire enlever les bâtiments, s'ils ne sont pas à sa convenance.

Il est d'ailleurs sans difficulté qu'elle peut, si elle est désireuse d'en profiter, les conserver pour elle.

Supposons qu'elle prenne ce dernier parti ; devra-t-elle indemniser son mari ?

On pourrait prétendre que le mari percevant les fruits des biens dotaux est un usufruitier et qu'en conséquence, aux termes de l'article 599, il ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations que les bâtiments nouveaux ont ajoutées au fonds dotal.

Cette opinion nous paraît devoir être repoussée pour plusieurs motifs :

1° Tout d'abord, l'article 599 n'est pas applicable aux constructions créées par l'usufruitier, ainsi que nous l'avons établi plus haut (chapitre V) ;

2° Le mari, qui jouit de tous les biens que sa femme a apportés en dot, n'est pas un usufruitier véritable, ayant un démembrement du droit de propriété. Les revenus de

la dot ont en effet une destination légale, déterminée, qui est de subvenir aux charges du mariage tandis que l'usufruitier ordinaire fait son profit exclusif de tous les fruits qu'il perçoit ;

3^e A la qualité d'usufruitier, le mari joint celle d'administrateur des biens dotaux ; il est chargé de leur gestion, et c'est pour lui non-seulement un droit mais encore un devoir d'en tirer le meilleur parti possible. Or, il est de principe qu'un administrateur a droit à une indemnité, au moins jusqu'à concurrence de la plus-value produite, pour les dépenses qu'il a faites en vue d'améliorer les biens confiés à ses soins ;

4^e Enfin, si une indemnité n'était pas due au mari, il lui serait bien facile de faire des avantages indirects à sa femme, en élevant des constructions considérables sur son terrain.

Le mari est donc en droit de se faire indemniser par sa femme en raison des bâtiments qu'il a créés sur le fonds dotal. Mais de quelle somme pourra-t-il demander le remboursement ?

Sera-il en droit de réclamer le montant intégral de toutes les dépenses qu'il a faites en matériaux et en main-d'œuvre, ou seulement la bonification de la plus-value ajoutée au terrain dotal par les constructions ?

Nous pensons qu'il pourra réclamer toutes ses impenses, car la femme, en gardant pour elle les édifices qu'il a établis, a ratifié les actes par lui accomplis à leur occasion. Or il est de principe que le gérant dont les actes sont ratifiés doit être rendu complètement indemne.

Sur quels biens le mari pourra-t-il exercer la créance d'indemnité qu'il a contre sa femme ?

Il est incontestable qu'il pourra poursuivre le remboursement de ce qui lui est dû sur les biens paraphernaux.

Mais que faut-il décider quant aux biens dotaux ?

Le mari aura-t-il le droit de ramener sa créance à exécution sur ces biens ?

Les auteurs sont divisés sur cette question : trois systèmes sont en présence.

Les partisans du premier système prétendent que le mari a non-seulement le droit de répéter le montant de ses impenses par voie de compensation sur les biens dotaux, mais qu'il a encore le droit de rétention quant à ces biens.

Nous répudions cette doctrine comme étant manifestement contraire au texte et à l'esprit de la loi.

En effet, la dot étant inaliénable (art. 1554), tout acte d'aliénation, soit directe, soit indirecte par voie d'engagement et de saisie, qui s'est accompli pendant le mariage, ne peut recevoir aucune exécution sur elle ; les biens dotaux ne peuvent être aliénés que pour des réparations indispensables à la conservation de l'immeuble dotal (art. 1558-4^o) et non point pour des constructions nouvelles.

Dans le deuxième système, on distingue :

Le mari n'a pas le droit de retenir les biens dotaux jusqu'à ce qu'il ait été désintéressé, mais il peut du moins répéter ses impenses par voie de compensation.

Enfin, d'après les défenseurs de la troisième opinion, le mari n'a ni le droit de rétention, ni le droit de répéter ses impenses par voie de compensation.

C'était la décision suivie dans le dernier état du droit romain dont les dispositions sur ce point semblent avoir été suivies dans les pays de droit écrit.

Elle nous paraît devoir être encore adoptée sous l'empire du Code civil. En effet, l'art. 1558-4^o, en autorisant l'aliénation des biens dotaux pour des réparations indispensables à la conservation de l'immeuble dotal, prohibe implicitement l'engagement de la dot pour de simples améliorations.

Le mari devra donc restituer la dot entière, sans qu'elle soit un gage pour sa créance.

2^o Les constructions ont été élevées sur un terrain paraphernal.

Nous n'avons rien à dire de particulier dans cette hypothèse, car la condition des biens paraphernaux est analogue à celle des biens propres de la femme sous le régime de la séparation de biens contractuelle. La femme en a l'administration et la jouissance (art. 1576); ils sont aliénables et l'exécution des engagements contractés par la femme pendant la durée du mariage peut être poursuivie sur eux. Nous leur appliquerons donc les solutions que nous avons admises sous le régime de la séparation de biens.

CHAPITRE X

Des constructions élevées par un gérant d'affaires.

Que faut-il décider à l'égard des constructions élevées en l'absence du propriétaire et sur son terrain, par un tiers qui agit dans l'intérêt du maître du sol, en d'autres termes par un gérant d'affaires ?

L'art. 1375 répond à la question en ces termes : « *Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.* »

Il faudra donc rechercher uniquement si en fait il y a eu bonne et utile gestion. Si par exemple le terrain n'était pas, par sa nature, par sa situation, destiné à être surbâti, la gestion a été mauvaise. Le maître ne sera point tenu de conserver le bâtiment. Il pourra refuser d'indemniser le gérant et le contraindre à enlever ses constructions.

Mais, au contraire, la construction a été établie sur un sol bien placé pour recevoir un édifice, ou encore les ouvrages exécutés ne constituent que le développement, l'annexe d'ouvrages antérieurs dans lesquels ils sont confondus. Il y a alors bonne et utile gestion. Le maître sera obligé de garder les bâtiments et d'indemniser le gérant d'affaires.

Quelle règle faudra-t-il donc donner en principe ?

Il faudra reconnaître en général au propriétaire le droit d'exiger la suppression des travaux. L'art. 1375 se borne en effet à faire, en matière de gestion d'affaires, l'application de la règle qui régit les impenses nécessaires et utiles. Le maître eût été obligé de faire lui-même celles qui ont conservé la chose ; quant à celles qui ont été utiles à ses intérêts, il est vraisemblable que, s'il avait été présent sur les lieux, il les eût faites. Il serait inique de refuser le remboursement de pareilles dépenses.

Peut-on dire des constructions nouvelles qu'elles constituent des dépenses nécessaires ou même utiles ? Assurément non. Le propriétaire du terrain n'aurait peut-être pas créé ce bâtiment ; d'autre part, s'il le conservait, la somme qu'il serait obligé de rembourser au constructeur pourrait grever considérablement son patrimoine. Dans ces conditions, il serait certainement injuste de contraindre le maître du sol à garder un édifice qu'il n'a pas commandé, qui ne lui convient pas et qu'il est peut-être dans l'impossibilité de payer. Il pourra donc en général inviter le gérant à enlever ses constructions.

Mais, dans la pratique, les tribunaux ne manqueront pas d'apporter des tempéraments au principe du droit de destruction. Prenant en considération par exemple la bonne foi du gérant, la fortune du maître, l'étendue plus ou moins considérable des bâtiments, ils pourront voir dans tel ouvrage, non pas une construction proprement dite, mais une simple amélioration et refuser en conséquence la démolition, car il est de règle que les impenses utiles, comme les impenses nécessaires, sont remboursées intégralement, même au possesseur de mauvaise foi (art. 1381).

Si le propriétaire a la faculté d'exiger la suppression des ouvrages, il peut aussi prendre les constructions pour lui puisqu'il en est propriétaire (art. 546, 551, 552, 555).

En ce cas, il ratifie les actes du gérant, il reconnaît par là même l'utilité de sa gestion. Il sera donc tenu de le rendre complètement indemne, conformément à l'art. 1375.

Le gérant qui, d'après cet article, est en droit de réclamer l'intégralité de ses dépenses, a-t-il la faculté de répéter les intérêts de ses avances du jour où il les a faites ?

La question est discutée ; deux systèmes sont en présence.

D'après un premier système, les intérêts des avances faites par le gérant ne lui sont dus qu'à compter de la demande en justice, conformément au droit commun (art. 1,153-1°).

On invoque deux arguments à l'appui de cette opinion :

1° Aux termes de l'art. 1153, les intérêts ne sont dus, en l'absence d'une convention, que quand la loi les fait courir de plein droit.

Or aucun texte n'autorise le gérant d'affaires à réclamer les intérêts de ses dépenses. D'un autre côté, aucune stipulation n'est intervenue à leur sujet. On ne peut donc les accorder au gérant qu'à compter de sa demande en justice.

2° Aux termes de l'art. 2001, les intérêts des avances faites par le mandataire courent de plein droit à son profit à dater du jour où ces avances ont été faites ; or l'art. 1375 n'en parle pas à propos du gérant d'affaires ; le législateur n'a donc pas voulu accorder à celui-ci la même faveur qu'au mandataire et l'interprète n'a pas le droit de le faire à sa place. Appliquer par analogie l'art. 2001 au gérant d'affaires, c'est violer une des règles d'interprétation les plus sûres, celle qui ne permet pas d'étendre une disposition exceptionnelle en dehors du cas spécial qu'elle prévoit. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

Malgré la gravité de ces arguments, nous pensons, avec

les partisans d'une deuxième opinion, que le gérant qui a construit aura droit aux intérêts de ses avances dès le jour où il les aura faites.

Toute la théorie du quasi-contrat de gestion d'affaires repose, en effet, sur des motifs d'équité et d'intérêt public. Le gérant doit sortir complètement indemne d'une gestion qui a été bien faite. S'il en était autrement, personne ne voudrait entreprendre la gestion de l'affaire d'autrui.

Or il est bien évident qu'il ne serait pas indemne si les intérêts des sommes dont il a fait l'avance et dont il aurait pu tirer un profit personnel ne lui étaient pas payés à partir du moment où il a déboursé ces avances.

L'art. 2028 fournit un puissant argument en faveur de notre opinion; il donne en effet un recours pour les intérêts à toute caution qui a payé pour le débiteur, sans distinguer si elle avait ou n'avait pas pour mission de cautionner, c'est-à-dire s'il y avait mandat ou simple gestion.

Nous estimons donc que le gérant qui a élevé des constructions nouvelles sur le terrain du maître pourra réclamer les intérêts de ses déboursés du jour où il les aura faits. Mais, dans le silence de la loi, nous lui refuserons le droit de rétention.

APPENDICE I

Des constructions élevées sur une dépendance du domaine public.

Un particulier a bâti un établissement sur une dépendance du domaine public, en vertu soit d'une concession régulière, soit même d'une simple tolérance de l'Administration.

Il semblerait, à première vue, que le principe de l'inaliénabilité du domaine public s'opposait à ce que l'Etat, un département ou une commune, ait pu confier à un particulier un droit privatif de jouissance sur une partie quelconque de ce domaine. En effet, l'affectation spéciale et permanente d'une chose à un usage public la met véritablement hors du commerce et par conséquent en dehors des règles du droit privé qui gouvernent les biens susceptibles de propriété.

Cette première impression disparaît, si l'on fait la distinction suivante qui s'impose :

Il est des choses que leur nature ou des considérations d'ordre public mettent d'une manière absolue en dehors du commerce ; elles sont en très-petit nombre. D'autres, au contraire, ne sont hors du commerce que d'une manière relative et seulement à raison de leur destination : tels sont les places fortes, les routes nationales, les fleuves et rivières navigables. Pour en assurer la conservation dans l'intérêt général, la loi les a, il est vrai, déclarés inaliénables et imprescriptibles (art. 1598 et 2226). A ce point de vue, ils sont hors du commerce et l'Etat ne pourrait pas les aliéner ; c'est ainsi qu'il a été jugé que la vente d'un

bras dépendant d'une rivière navigable compris dans l'aliénation d'un domaine national n'avait pu conférer aucun droit de propriété privée au prétendu acquéreur (décisions du Conseil d'Etat des 30 mai 1821, 12 février et 27 Avril 1823). Mais il n'en est pas moins certain que ces mêmes biens se prêtent à certaines conventions compatibles avec leur destination.

La distinction que nous venons d'établir était admise dans notre ancien droit (v. Pothier, *du louage* n° 14) ; elle est enseignée par tous les interprètes modernes : « Nous observerons encore, dit notamment M. Larombière, et c'est notre remarque la plus importante, qu'il n'est pas absolument exact de dire que ces choses ont une destination qui les soustrait du commerce et les empêche de pouvoir être prises comme objets de conventions. Nous voyons, en effet, qu'elles sont la propriété du public, en définitive la propriété de quelqu'un, Etat, département, commune, etc., peu importe, toujours est-il qu'elles sont une propriété. Or, de la part de ceux à qui elles appartiennent, elles peuvent très-bien faire l'objet de certains contrats. On conçoit que l'Etat, les départements, les communes, peuvent, par l'organe de leurs représentants légaux, avec l'observation des formes prescrites, contracter sur toutes ces choses avec un simple particulier. Leur destination ne les empêche pas de pouvoir être la matière de certains contrats compatibles avec son maintien. Aussi disons-nous que parmi les choses soustraites au commerce, à cause de leur destination, il n'en est aucune qui ne puisse pas, d'une manière ou d'une autre, entre les mains de tel ou tel, être l'objet d'une convention, sous la réserve de sa destination particulière. » (*Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1128, n° 16).

L'inaliénabilité des biens dépendant du domaine public à raison de leur destination n'empêche donc pas la créa-

tion, au profit de particuliers, de droits compatibles avec cette destination. « Il en est, dit M. Gautier, professeur à la faculté de droit d'Aix, du principe de l'inaliénabilité du domaine public, comme de tous les principes juridiques qui, loin d'être absolus, ne sont admis que dans le but d'obtenir une utilité sociale déterminée et dont il n'est légitime de tirer des conséquences que si l'on se conforme à ce même but. » (*Revue critique de législation et de jurisprudence, année 1882 p. 657*).

Ces principes ont été consacrés par les nombreuses dispositions législatives qui ont autorisé les représentants de l'Etat, des départements, des communes, à tirer parti, au moyen de locations, des dépendances du domaine public.

La loi du 20 décembre 1872 (*Domaine maritime*) notamment porte ce qui suit : « *Est autorisée au profit de l'Etat la perception de redevances à titre d'occupation temporaire ou de locations des plages et de toutes autres dépendances du domaine maritime* » (Art. 2.).

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes dans le même sens.

Ainsi les représentants légaux de l'Etat, des départements, des communes, peuvent valablement consentir un droit privatif de jouissance sur une dépendance du domaine public.

Supposons donc qu'un particulier a construit des ouvrages, moulins, usines, salines, cabines de bains, par exemple sur les rivages de la mer ou sur les bords d'une rivière navigable, ou bien encore a érigé un bâtiment sur un terrain dépendant d'une place de guerre, en vertu soit d'une concession régulière, moyennant le paiement d'une certaine redevance, soit même d'une simple tolérance administrative.

De quelle nature sont tous ces établissements ?

Il faut reconnaître qu'ils sont essentiellement précaires :

1^o Dans leur cause, car la concession accordée par l'administration n'est point définitive, incommutable ; elle peut la révoquer *ad nutum*, et, d'autre part, elle a la faculté de faire disparaître, quand bon lui semblera, la construction qu'elle a tolérée. Dans l'un et l'autre cas, lorsque l'intérêt public l'exige, elle n'est jamais liée et peut toujours ordonner la démolition et l'enlèvement de pareils établissements ;

2^o Par leur nature. Placés sur les bords de la mer, d'une rivière navigable ou flottable, ils sont exposés à être submergés par les flots de l'Océan ou entraînés par le courant du fleuve ;

3^o En raison du principe qui place le sol sur lequel ils sont élevés parmi les dépendances du domaine public, car le constructeur ne pourra pas espérer devenir jamais propriétaire incommutable du bâtiment qu'il aura créé, en acquérant par la voie de la prescription le terrain dont il est devenu l'accessoire (arg. art. 2226).

Aussi, à raison de la précarité de leur nature et de leur objet, beaucoup d'auteurs ont refusé à ces établissements le caractère immobilier.

La solution contraire nous paraît cependant s'imposer.

Elle résulte en effet des textes mêmes ; l'art. 518 est conçu en termes généraux ; il vise tous les bâtiments ; ils sont immeubles par leur nature, et l'art. 519 applique la règle posée aux bacs, bains et autres usines (arg. art. 531), aux moulins à vent ou à eau fixés sur piliers ou faisant partie du bâtiment, sans que l'on ait à se demander si l'établissement a été créé sur le domaine public ou sur un terrain privé. Au surplus, nous savons que si la construction est immeuble, et immeuble par sa nature, en

toute hypothèse, c'est à raison du fait de son union physique avec le sol sur lequel elle est assise et dont elle est désormais une partie intégrante et constitutive ; le législateur n'a pas distingué et n'avait pas à distinguer entre le cas où le fonds fait partie du domaine public et celui où il appartient à un particulier.

Les rédacteurs du Code civil se sont d'ailleurs inspirés sur ce point de l'ancien droit. Pothier notamment (*Traité de la communauté*, n° 36) déclare immeubles, avec l'art. 90 de la coutume de Paris, les moulins à eau construits sur pilotis.

La jurisprudence a depuis longtemps consacré notre opinion. Nous ne croyons pouvoir mieux faire que de rapporter un arrêt par lequel la Cour de Caen a, le 3 avril 1824 (Sirey : 25, 2 173), reconnu que les salines qui sont établies, en vertu d'une concession du gouvernement, sur les rivages de la mer, forment, à l'égard des concessionnaires, dans les relations du droit privé, un bien immobilier, quoique les rivages de la mer fassent eux-mêmes partie du domaine public.

« Considérant, dit cette Cour, qu'il est vrai que les rivages de la mer font partie du domaine de l'Etat, et que nul ne peut s'en attribuer la jouissance exclusive d'aucune partie, qu'en vertu d'une concession expresse, ou au moins de tolérance du gouvernement ; que l'intérêt public, d'accord avec l'intérêt particulier, rend utile et détermine ce genre de tolérance, sans lequel ne pourraient subsister beaucoup d'établissements dont le public profite, tels que les pêcheries, salines, etc ;

« Qu'on ne peut raisonnablement contester que de pareils établissements, lorsqu'ils sont formés et lors même qu'ils n'ont que la tolérance du gouvernement, n'attribuent un droit particulier à celui qui les a formés ;

« Que, s'il est vrai que le possesseur de ces objets ait

un droit particulier, ce droit ne peut être que de la nature de l'objet auquel il s'applique, c'est-à-dire un droit immobilier ;

« Que ni l'ordre public ni les bonnes mœurs ne s'opposent à ce que ce droit entre dans le commerce ; qu'à la vérité il n'est point incommutable, puisqu'il peut cesser par la volonté du gouvernement, et pour cause d'un intérêt public supérieur à celui qui l'a fait tolérer ; mais que l'incommutabilité d'un droit n'est pas une condition indispensable pour qu'il puisse entrer dans le commerce, puisqu'une propriété résoluble sous condition, et, en général, tous les droits aléatoires, peuvent faire l'objet de contrats légitimes. »

Nous dirons donc que les établissements construits par un particulier sur une dépendance du domaine public, en vertu soit d'une concession régulière, soit même d'une simple tolérance administrative, constituent des immeubles par leur nature.

Mais à qui appartiennent ces établissements ?

On serait tenté, au premier abord, de dire que, les constructions étant une partie intégrante et constitutive du sol qui les porte, sont nécessairement de même condition et de même qualité ; que, par suite, pendant la durée de la concession, elles appartiennent comme lui au domaine public et sont, par conséquent, inaliénables, imprescriptibles et non susceptibles d'appropriation privée.

Ici une distinction s'impose. Le constructeur sera parfois un concessionnaire de travaux auquel on donne l'autorisation, pour se rémunérer de ses impenses, de percevoir pendant un certain temps les bénéfices de l'entreprise. Ces ouvrages, à raison de leur nature, de leur but, font, comme le sol sur lequel ils sont établis, partie du domaine public, et des conventions mêmes intervenues entre l'administration et l'entrepreneur il résulte que celui-ci est sans

titre pour réclamer sur eux soit un droit de propriété, soit même un droit réel d'usufruit ou d'emphytéose ; son droit, restreint à la perception d'une taxe, est essentiellement mobilier.

Bien différente est la condition d'un bâtiment établi sur un terrain dépendant du domaine public. Dans ce cas, le constructeur a exécuté les travaux en son nom et pour son propre compte ; il ne peut donc être assimilé à un entrepreneur de travaux publics, ou à un entrepreneur de services de transports qui, comme une Compagnie de chemin de fer par exemple, construit pour l'Etat avec le droit, pour se rémunérer de ses débours, d'exploiter, pendant une certaine période de temps, les ouvrages créés à ses frais.

En outre, les règles de l'accession doivent incontestablement être écartées dans notre hypothèse, car l'Etat, les départements, les communes ne sauraient prétendre à la propriété d'ouvrages qu'ils ont expressément ou au moins implicitement autorisés et qui, bien que se conciliant avec la destination du domaine public, n'ont cependant pas été faits en vue de cette destination.

Le constructeur est donc propriétaire des bâtiments qu'il a créés. Observons que cette appropriation exclusive, relativement à un ouvrage élevé sur une dépendance du domaine public, ne porte aucune atteinte à l'inaliénabilité et à l'imprescriptibilité de ce domaine, car le droit du constructeur affecté une construction distincte du domaine public, bien qu'établie sur un sol qui en fait partie. De plus, l'autorisation de bâtir n'est accordée qu'autant que les travaux ne gênent pas la destination publique, et l'Administration a le droit, à moins de stipulations contraires, de révoquer la concession *ad nutum*, sans être tenue d'aucune indemnité pour impenses utiles, améliorations proprement dites, et à fortiori pour constructions nou-

velles ; le constructeur ne peut en effet être assimilé au possesseur de bonne foi, ni au possesseur de mauvaise foi, dont la situation est régie par l'art. 555 C. Civ.

Ce droit de propriété est implicitement consacré dans l'article 41 du titre XXXVII de l'ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts :

« La propriété de tous les fleuves et rivières portant bateaux de leurs fonds, sans artifices et ouvrages de mains, dans notre royaume et terres de notre obéissance, fait partie du domaine de notre couronne, nonobstant tous titres et possessions contraires, sauf les droits de pêche, *moulins, bacs et autres usages, que les particuliers peuvent y avoir, par titre et possession valables auxquels ils seront maintenus.* » (Cfr. la déclaration du mois d'avril 1683).

Il est aujourd'hui admis par la doctrine et par la jurisprudence.

En résumé, les constructions établies sur le domaine public, en vertu d'une concession ou même d'une simple tolérance administrative, constituent, quoiqu'ils soient précaires, des immeubles par leur nature ; le concessionnaire en est propriétaire ; il a donc le droit de les modifier, de les transformer, même de les démolir, sans restrictions ni limites ; il peut aussi en disposer, en tout ou en partie, par voie d'aliénation ou par la constitution de droits réels, bien entendu sous la condition résolutoire qui résulte de la révocabilité de la concession et qui affecte la durée de leur existence sans modifier leur nature. Leur vente donne lieu à la perception de 5 fr. 50 0/0 (Loi du 28 avril 1816 art. 52), et doit être transcrite.

Le sol sur lequel sont établis les bâtiments étant inaliénable et imprescriptible, l'Administration aura toujours le droit d'obliger le constructeur à démolir ce qu'il a édifié. Si, au contraire, l'établissement est à sa convenance, elle

pourra assurément le conserver pour elle *jure accessio-
nis* ; mais, dans ce cas, elle sera tenue en principe d'in-
démniser le concessionnaire, car il n'est pas plus permis
à l'administration qu'à un simple particulier de s'enri-
chir aux dépens d'autrui.

Nous n'avons rien de particulier à dire au sujet des
constructions élevées sur les dépendances du domaine
privé de l'Etat, des départements, des communes, car
elles sont régies par les principes du droit commun. Ainsi
celui qui a bâti sur une dépendance de ce domaine pourra
espérer devenir propriétaire définitif du bâtiment qu'il a
édifié, en acquérant par usucapion le sol sur lequel il
repose (arg. art. 2227).

APPENDICE II

Des constructions élevées avec anticipation sur le terrain d'autrui.

Nous avons supposé jusqu'à présent qu'une construction avait été élevée entièrement sur le terrain d'autrui.

Supposons maintenant qu'un propriétaire édifie un bâtiment sur son propre fonds et en même temps sur le terrain contigu, en empiétant sur le voisin. C'est là une question qui est de nature à se présenter assez fréquemment dans la pratique.

Comment statuera-t-on ?

D'après M. Demolombe (I, 691 ter), il faut distinguer deux hypothèses :

Première hypothèse. — Le constructeur qui a empiété sur le sol du voisin est de bonne foi. Aux termes de l'article 555 *in fine*, le propriétaire sur le fonds de qui il y a eu anticipation ne peut pas demander la destruction de la partie du bâtiment qui avance sur son terrain ; il sera propriétaire de cette portion à charge de payer au constructeur soit la plus-value qui en résulte pour son fonds, soit la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre.

Le propriétaire qui a construit et qui, de son côté, a la partie principale de la maison, ne pourra pas exiger que le propriétaire voisin lui cède la partie de cette même maison qui se trouve sur son sol ; car ce serait une sorte

d'expropriation pour cause d'utilité privée proscrite par l'article 545.

D'un autre côté, il semblerait qu'il n'y a pas non plus de partage ni même de licitation possible, puisque cette maison, après tout, n'est pas commune, et que chacun est propriétaire de son côté, *pro regione, pro diviso*, de la partie de la maison construite sur son terrain. Mais finalement, comme il n'y a qu'une seule et unique maison, et que ces deux parties de maison se trouvent, par la nécessité même de leur position, inséparablement liées l'une à l'autre, il appartiendra aux magistrats d'en ordonner la vente simultanée, lorsque les parties n'auront pu se concilier, puisqu'on ne pourrait plus les séparer sans les détruire et sans nuire à l'intérêt respectif des propriétaires.

Deuxième hypothèse. — Le constructeur est de mauvaise foi, c'est-à-dire savait qu'il commettait une anticipation. Aux termes de l'art. 555 première partie, le propriétaire sur le terrain de qui s'avance la construction peut exiger la démolition de la partie du bâtiment qui est élevé sur son terrain. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation dans une hypothèse où l'empiètement commis par le constructeur n'était pourtant que d'une bien minime importance.

Mais, si le propriétaire sur le terrain de qui le constructeur a avancé son bâtiment est en droit d'exiger l'enlèvement des travaux, il peut aussi conserver pour lui cette partie de la maison qui est bâtie sur son fonds, car il en est devenu propriétaire aux termes des articles 552 et 553. On ne saurait dire sans renverser de fond en comble toutes les règles du droit d'accession que le constructeur a acquis la portion du sol du voisin sur laquelle il a bâti.

Dans ce cas, s'il garde cette partie de bâtiment qui empiète sur son fonds, il sera tenu de rembourser au

constructeur le montant intégral de ce qu'il a déboursé pour l'établir.

Bien que ce système se recommande de toute l'autorité qui s'attache au nom de M. Demolombe, nous croyons qu'il doit être rejeté.

Nous ferons d'abord observer que l'expédient admis par l'éminent auteur, à défaut d'entente entre les parties, est d'une application peu pratique, et qu'il donne lieu à des difficultés nombreuses.

En outre, il est contraire aux principes du droit. Il ne peut en effet être question de licitation qu'autant qu'une chose est indivise entre plusieurs personnes ; la licitation, étant un des moyens de mettre fin à l'indivision, de la faire cesser, la suppose nécessairement. Or, dans notre espèce, il n'y a pas d'indivision ; chacune des parties est propriétaire *jure accessionis* de la partie du bâtiment élevée sur son terrain.

Nous pensons de plus que celui qui, en construisant, empiète sur un terrain dont son voisin a été plus tard reconnu le véritable propriétaire, commet au moins une grave imprudence ; son erreur est inexcusable ; il ne peut être de bonne foi.

Les travaux préparatoires viennent à l'appui de notre opinion : l'art. 555, dans sa première rédaction, ne contenait pas de disposition spéciale au possesseur de bonne foi ; l'alinéa final fut ajouté sur les observations du Tribunal, à la suite de la communication officielle.

Portalis, lors de l'exposé des motifs au Corps législatif, désireux d'expliquer l'intention qui présida à la rédaction de l'art. 555, s'exprime ainsi : « Nous avons pensé qu'on ne saurait trop avertir les citoyens des risques qu'ils courent, quand ils se permettent des entreprises contraires au droit de propriété. »

Or, ne sommes-nous pas ici en présence d'une entreprise contraire au droit de propriété ? Avant de commencer ses travaux, le constructeur devait, en l'absence de limites certaines, faire déterminer la ligne séparative de son fonds d'avec le fonds voisin ; il avait pour cela l'action en bornage (art. 646). Il a donc été gravement imprudent en ne procédant pas à cette opération ; mais son voisin ne doit certainement pas subir les conséquences de cette témérité ; aussi aura-t-il le droit d'exiger la suppression des ouvrages, comme tout propriétaire qui est en face d'un constructeur de mauvaise foi.

Il importerait peu d'ailleurs que les constructions aient été élevées malgré l'opposition du propriétaire sur le terrain duquel le voisin a empiété ou qu'elles aient été édifiées à sa connaissance, à son vu et à son su :

« Attendu, lit-on dans un arrêt de la Cour de cassation, que la déclaration du dit arrêt que les travaux ont été faits au vu et su des propriétaires qui, loin de s'opposer à leur exécution, les auraient autorisés par leur silence, ne peut créer, à la charge du demandeur, une obligation qui ne résulte pas de la loi et qui, si on la fondait sur une convention, devrait être légalement prouvée ;

« Attendu qu'aucune loi n'exige que, sous peine de perdre le droit consacré en leur faveur par l'article 555, les propriétaires s'opposent par des actes formels à l'exécution des ouvrages faits sur leurs propriétés par des tiers, ouvrages qu'ils ont pu laisser faire aux risques et périls de ceux-ci... » (Cass. civile, 3 janvier 1849, Dev. 49, 1, 95. — Requête, 1^{er} août 1859, Dev. 60, 1, 67).

Ce droit de démolition que nous venons de reconnaître au particulier sur le sol de qui une construction a été établie en partie devra être, à plus forte raison, accordé contre le constructeur qui a empiété sur un terrain dépendant du domaine public.

Nous remarquerons seulement que l'administration aura toujours le droit de demander la suppression des travaux, car, la partie du sol sur laquelle le constructeur a bâti étant inaliénable et imprescriptible, celui-ci ne peut l'acquérir par la prescription, quelle que soit la durée de son édifice (art. 2226).

TROISIÈME PARTIE

DROIT FISCAL

1^o PRINCIPES GÉNÉRAUX

La formalité de l'enregistrement consiste dans l'analyse sur un registre des actes ou des déclarations orales des parties.

Le législateur a profité de cette analyse pour faire acquitter un impôt classé par les économistes et les lois budgétaires parmi les impôts indirects et dont le caractère est le même que celui de toutes les contributions.

Tout impôt suppose deux éléments : 1^o Un tarif ; 2^o Une définition de la matière imposable.

Le tarif nous est indiqué par la loi fiscale.

D'après la loi organique du 22 frimaire au VII (art. 3 et 4), la distinction fondamentale des droits d'enregistrement est qu'ils sont *fixes* ou *proportionnels*.

Le droit *fixe* s'applique aux actes qui ne libèrent, n'obligent ni ne transmettent.

Les droits *proportionnels* sont établis sur les obligations, libérations et transmissions, et aussi sur les actes qui renferment une simple déclaration de valeurs, telles que les condamnations, collocations, ou liquidations.

Les droits *fixes* sont gradués suivant l'importance relative des actes déterminée par leur nature. C'est ainsi que le testament, la dissolution de société, sont tarifés à un droit fixe de 7 fr. 50, tandis que la procuration, le consentement à mariage ne sont passibles que du droit ordinaire de 3 fr., parce que les premiers actes sont présumés plus importants pour les parties. Ainsi encore les droits fixes

applicables aux décisions judiciaires vont en s'élevant avec les degrés de juridiction ; les arrêts de la Cour de cassation sont frappés d'un droit fixe supérieur à celui qui atteint les arrêts des Cours d'appel ou les jugements des tribunaux civils. Tous les actes de même nature sont d'ailleurs frappés d'un droit fixe uniforme.

Les droits *proportionnels* varient suivant l'importance des valeurs imposées ; ils sont fixés à un tant pour cent des sommes indiquées dans les actes ou dans les déclarations.

Nous ne parlerons que pour mémoire du *droit fixe gradué* établi parla loi du 28 février 1872 sur certains actes déterminés. Une loi récente vient de lui substituer purement et simplement un droit proportionnel (Loi du 28 avril 1893 art. 19).

On dit souvent que le *droit fixe* n'est qu'un salaire de la formalité. Selon cette opinion, la taxe devrait être la même pour tous les cas et la diversité de tarifs qui partent de 15 centimes pour s'élever à 150 francs ne se comprend pas.

Cette thèse, bien qu'empruntée à Duchâtel qui l'a soutenue au cours de la discussion de la loi du 22 frimaire an VII, n'est certainement pas exacte.

Pas plus que le droit proportionnel, le droit fixe n'est uniquement la représentation du travail matériel de l'enregistrement ; car, s'il en était ainsi, il faudrait faire varier la taxe à raison de la longueur et de la difficulté de ce travail.

La vérité est que le droit d'enregistrement, bien qu'il soit sous certains rapports le salaire de la formalité donnée aux actes ou aux déclarations, constitue un impôt ; le mode employé pour assurer la perception différencie seul les droits fixes des droits proportionnels. Dans l'impossibilité où il était de soumettre à un droit proportionnel

des actes qui ne renferment aucune expression de valeurs, et qui même constatent des faits ne comportant aucune évaluation, le législateur les a soumis au droit fixe, en graduant la taxe suivant leur nature, d'après l'appréciation qu'il a faite de leur importance relative.

Ainsi la loi fiscale fait connaître la quotité des droits exigibles sur les actes ou déclarations des parties.

Mais, pour la détermination de la matière imposable, il faut nécessairement recourir aux principes du droit civil.

L'enregistrement frappe en effet des actes juridiques. Or, si la loi fondamentale du 22 frimaire au VII et les lois postérieures ont tarifé les divers faits juridiques, elles n'en ont pas donné de définitions. Il résulte de ce silence que, pour apprécier la nature d'un acte soumis à la formalité de l'enregistrement, il est indispensable de connaître le droit civil qui, selon l'expression de M. Valette, « définit, compare et distingue les uns des autres les divers contrats, les droits réels, les obligations avec leurs modalités. »

La loi fiscale ne qualifie donc pas les actes ; elle se borne à les tarifier, et elle les tarifie suivant le caractère qui leur appartient d'après la loi civile.

Telle est la règle. Il s'ensuit que les questions de perception auxquelles donnent lieu les transmissions ayant pour objet des constructions élevées sur le terrain d'autrui doivent être exclusivement résolues par les principes du droit civil que nous avons exposés dans la deuxième partie de notre travail.

Cependant il nous arrivera de rencontrer des solutions qui, bien que contraires aux règles du droit commun, sont néanmoins admises par la pratique et consacrées par la jurisprudence. Pour justifier ces décisions, on cherche à établir que le droit fiscal est, en notre matière, soumis à des principes différents de ceux de la loi civile. On oppose

aux textes des allégations qui ont été trop souvent admises de confiance : on dit « que le droit d'enregistrement est un droit spécial, qu'il est dangereux d'y introduire les principes rigoureux du droit civil, etc... »

Il importe de s'élever contre ces espèces de brocards fiscaux, de repousser, avec la presque unanimité des auteurs qui ont écrit sur la matière (*Demolombe, Distinction des biens*, I, 160 à 172. — *Championnière et Rigaud, nos 3177 et suiv.* — *Demante, Principes de l'enregistrement*, I, 278, 334 et 357 — II, 486. — *Dictionnaire des droits d'enregistrement V^o Constructions, nos 38 et suivants*), la distinction qu'on voudrait établir entre la loi civile et la loi fiscale, et d'affirmer que « ni la loi fondamentale du 22 frimaire, an VII, ni aucune loi postérieure n'a donné des divers faits juridiques et de leurs conséquences des définitions *ad hoc* destinées à modifier la langue du droit civil. »

Nous ajouterons que les lois fiscales font partie du statut réel ; elles régissent donc tous les immeubles situés en France, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers (C. civ., art. 3 al. 2). De là il résulte qu'un acte passé en pays étranger et translatif de biens immeubles français doit être enregistré en France dans un délai déterminé, et d'après le tarif ordinaire, quelle que soit la nationalité des parties (loi du 22 frim., an VII, art. 22), et que, si un étranger propriétaire d'immeubles sis en France vient à mourir, sa succession, quant à ces immeubles, sera régie par la loi française ; elle sera donc attribuée aux héritiers désignés par notre loi et non à ceux désignés par la loi étrangère, en supposant qu'il y ait antinomie entre les deux législations. Les droits de mutation par décès seront perçus en conséquence de cette dévolution.

2° PARTIE SPÉCIALE

Une personne élève des constructions sur le terrain d'autrui.

Nous avons établi que ces constructions sont immeubles par leur nature. L'immobilisation des matériaux résulte en effet de leur seule incorporation matérielle dans le sol, quel que soit le constructeur de l'édifice, quel que soit le propriétaire du fonds ; l'article 518 est conçu dans les termes les plus généraux et ne comporte par suite aucune distinction.

Le constructeur qui a bâti sur le terrain d'autrui cède à un tiers les constructions qu'il a faites. Sommes-nous en présence d'une vente mobilière ou d'une vente immobilière ?

En pratique la question ne fait pas difficulté. En effet, selon l'opinion qui prévaut, la quotité du droit de mutation est déterminée par la nature et la qualité de la chose vendue au moment où les parties contractent. Il suffit donc que la convention porte transmission d'une chose immobilière pour qu'on fasse à cette mutation l'application du tarif immobilier. L'article 518 étant absolu, il n'y a même pas à considérer si le propriétaire du sol avait ou non renoncé à son droit d'accession.

On objecterait en vain, ajoutent les partisans de ce système, que, n'étant pas propriétaire, le tiers constructeur n'a pu transférer à l'acquéreur la propriété de bâtiments qui ne lui appartenaient pas. La réponse serait que la

Régie n'a ni le droit ni le devoir de s'enquérir de la validité des actes. Alors même qu'ils seraient de la nullité la plus radicale, inexistants, elle règle ses perceptions d'après leurs stipulations, leurs dispositions matérielles. Leur nullité ne s'oppose nullement au paiement des droits dont ils sont passibles d'après leur nature. Si donc on présente à la formalité une vente ayant pour objet des constructions dont le caractère immobilier est incontestable, il importera peu, pour l'assiette de l'impôt, de savoir si le vendeur est bien et dûment propriétaire, ou si, au contraire, il a aliéné la chose d'autrui. Cette circonstance que la chose vendue appartient à un autre qu'à celui qui l'aliène ne met pas obstacle à la perception du droit proportionnel (Rep. Gén. 5^e éd., n° 17839).

Lorsque les constructions ont été élevées par un possesseur de bonne foi, le propriétaire revendant, qui n'a pas le droit de les faire enlever, est tenu de payer au constructeur une indemnité dont les termes sont réglés par l'art. 555 C. civ. Si au contraire il se trouve en présence d'un possesseur de mauvaise foi, le maître du terrain, qui a la faculté d'obliger ce preneur à démolir ce qu'il a édifié, peut, s'il le préfère, conserver les bâtiments nouveaux établis sur son fonds, à charge de rembourser au constructeur toutes les sommes qu'il a dépensées en matériaux et en main-d'œuvre. Dans l'un comme dans l'autre cas, le droit de 0 fr. 50 0/0 édicté par l'article 69 § 2 n° 8 de la loi de frimaire est seul exigible sur l'indemnité payée par le propriétaire au constructeur. Les constructions n'ont en effet jamais appartenu au possesseur qui les a élevées (arg. art. 553 C. C.) ; le droit de mutation ne peut dès lors être perçu.

Il pourra arriver que le constructeur ait sur l'immeuble un droit réel. C'est par exemple un superficiaire, c'est-à-dire une personne ayant un droit de propriété limité à la

surface du sol, ou bien encore un domanier, auquel appartiennent les édifices et superficies qui existent sur le fonds loué (*Demolombe, dist. des biens*, I, 501 et suiv.). En pareil cas, il ne saurait y avoir de difficultés. La superficie est en effet, ainsi que nous l'avons vu, un véritable droit de propriété, c'est-à-dire un bien corporel et physique, immeuble par sa nature d'après l'article 518, susceptible d'être aliéné, hypothéqué, grevé d'usufruit ou de servitude, saisi immobilièrement, et acquis par prescription. La transmission d'un tel bien donne incontestablement ouverture au droit proportionnel de mutation immobilière (Championnière et Rigaud, t. IV, n° 3469).

Mais le constructeur peut n'avoir qu'un droit personnel sur le sol. Tel est le preneur dont le droit sur le fonds loué est simplement personnel et mobilier.

La question des constructions élevées par le preneur, locataire ou fermier, sur les lieux loués, a donné lieu, en matière fiscale, à bien des difficultés. La preuve en est dans les nombreuses décisions judiciaires qui ont été rendues à leur occasion. C'est d'ailleurs une hypothèse très-importante et très-fréquente aujourd'hui par suite du grand développement de l'agriculture, de l'énorme extension et des progrès immenses de l'industrie; c'est aussi celle que l'on rencontre le plus souvent dans la pratique. Aussi l'étudierons-nous dans ses détails.

Nous examinerons tout d'abord les droits qui frappent le contrat de louage lui-même. Nous verrons ensuite ceux que rendent exigibles les diverses transmissions, soit en propriété, soit en usufruit, qui peuvent se produire pendant la période d'exécution du contrat. Nous nous occuperons enfin de ceux qu'il y a lieu de percevoir lors de l'expiration du bail.

§ 1^{er}. — De l'enregistrement du bail.

Supposons que le bail imposé au preneur l'obligation d'élever sur le terrain loué des constructions qui appartiendront au locateur sans indemnité. En principe le bailleur sera propriétaire des édifices dès leur incorporation au sol.

Quelle est, au point de vue fiscal, la nature de cette clause ?

L'obligation de construire constitue en général une charge de la jouissance qui doit être ajoutée au prix du bail pour la perception. Si le contrat n'en fait pas connaître l'importance, il conviendra d'exiger à ce sujet une déclaration estimative des parties (loi de frim., art. 16). Le droit à 0 fr. 20 0/0 sera perçu sur le prix cumulé de toutes les années (loi du 16 juin 1824, art. 1^{er}), sauf à faire bénéficier le contrat des dispositions de l'article 11 de la loi du 23 août 1871 qui autorise le fractionnement de la perception, suivant la durée de chaque période.

Le tribunal de la Seine (12 juillet 1853, J. E. 15703) a consacré cette doctrine. Dans un bail, il était stipulé que le preneur d'une ferme considérable élèverait des constructions estimées 50.000 fr. qui devaient rester la propriété du bailleur, sans indemnité pour le preneur ; on a vu dans cette clause une simple charge à ajouter au prix du bail (Dict. des droits d'enreg. Vis bail n° 211 et constructions n° 151).

Cette règle doit être appliquée en principe, quelle que soit l'importance des constructions que devra élever le preneur.

Mais le bail, comme tout autre contrat, est soumis à la théorie des dispositions dépendantes et indépendantes.

Aux termes de l'article 11 de la loi du 22 frimaire an VII « *lorsqu'il y a dans un acte plusieurs dispositions indépendantes ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles et selon son espèce un droit particulier.* »

A l'inverse, si dans un acte il y a plusieurs dispositions dépendantes, dérivant nécessairement les unes des autres, un seul droit est exigible.

Tel est le principe dont l'article 10 de la loi organique fait une application.

Deux exceptions viennent d'y être apportées. La première concerne les jugements et arrêts; elle résulte de l'article 11 de la loi des finances du 26 janvier 1892 ainsi conçu : « *Sont affranchies de la pluralité édictée par l'article 11 de la loi du 22 frimaire an VII, dans les jugements et arrêts, les dispositions indépendantes et non sujettes au droit proportionnel.* »

« *Aucun droit fixe ne pourra jamais être perçu sur un jugement ou un arrêt renfermant une ou plusieurs dispositions passibles du droit proportionnel.* »

La seconde exception a été consacrée par l'article 23 de la loi du 28 avril 1893 qui a dérogé à notre règle à propos des exploits signifiés dans les procédures de purge, d'ordre, de contribution, de saisie immobilière et de délaissement par hypothèques.

Mais, en dehors de ces deux exceptions, le principe de la pluralité contenu dans l'article 11 de la loi du 22 frimaire an VII subsiste intact, et c'est à bon droit : « Les parties ne sauraient en effet, sans méconnaître la règle de la proportionnalité de l'impôt, être admises à réunir dans un seul acte, pour payer un droit moindre, des conventions qui, séparées, seraient passibles chacune d'un droit particulier. Dès lors que la loi a édicté un tarif spécial

pour chaque acte, il faut que ce tarif soit appliqué. Ne pas le faire par le motif que l'acte tarifé est joint à un autre acte soumis à un tarif différent, c'est soustraire une partie de la matière imposable à l'application du droit et, par conséquent, accorder à quelques-uns une exemption contraire à l'égalité. » Ainsi s'exprime M. E. Boulanger dans son rapport au nom de la commission des finances du Sénat, Doc. parl., annexe n° 88, session 1893, p. 152.

Le principe consacré par notre texte en matière de dispositions indépendantes est donc juste en lui-même, et il est certain que sa suppression complète engendrerait de véritables abus.

La règle étant posée, quel est le criterium qui permettra de reconnaître les dispositions dépendantes de celles qui ne le sont pas ?

On est loin d'être d'accord sur ce point, et l'application de la loi est parfois d'une grande difficulté.

Lorsque les diverses dispositions d'un acte forment par leur réunion un contrat unique, expressément tarifé par la loi fiscale, il ne saurait s'élever aucun doute ; chacune des dispositions n'est pas assujettie à un droit particulier ; un seul droit frappé la convention dans son ensemble ; ainsi la vente, le bail, l'échange, etc.

Mais les dispositions dépendantes dont l'ensemble constitue le contrat peuvent être empruntées à des contrats différents et diversement imposés. Tel est le cas d'une vente moyennant un prix consistant en une rente viagère, ou d'un bail dont le prix, payable en une fois, peut consister en une somme d'argent, en denrées ou en une créance que le preneur cède au bailleur.

Quel droit faudra-t-il percevoir en ces hypothèses ?

L'administration a soutenu que le droit dû était le droit le plus élevé. On ne peut, lit-on dans une délibération du 12 juillet 1833, contester à l'administration la fa-

culté de percevoir sur la stipulation la plus avantageuse au Trésor.

La cour de Cassation n'a pas admis cette prétention. Selon elle, c'est la disposition principale d'un contrat qu'on doit assujettir à l'impôt. Comment, dans ce système, reconnaître la disposition principale ?

Pour la Cour suprême, c'est, parmi les diverses clauses d'un acte, celle dont la valeur est la plus considérable.

Il faut convenir que cette règle ne peut guère être utilisée et appliquée dans les contrats synallagmatiques où chacune des parties est censée recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne.

Nous estimons, quant à nous, que, si l'on se trouve dans l'impossibilité de découvrir la disposition principale d'un acte, il faudra assujettir à l'impôt celle qui donne ouverture au droit le plus élevé. Il s'agit en effet ici, non pas d'interpréter la loi, mais une convention. Or le fisc, qui peut percevoir, à son gré, sur telle ou telle clause d'un acte, choisit, comme il en a le droit, la plus imposée, sauf aux parties, si elles jugent la perception erronée, à prouver qu'une autre stipulation était la disposition principale. C'est la solution admise en pratique.

Faisons l'application de notre règle au contrat de louage.

Nous avons vu qu'en principe si les constructions imposées au preneur et devant rester en fin de bail la propriété du locateur sans indemnité sont véritablement l'accessoire de la location, on n'y voit, pour la perception, qu'une charge et une conséquence de la jouissance du preneur. Dans ce cas, il faut seulement en ajouter l'importance au prix du bail pour la liquidation du droit.

Mais la solution sera toute différente si les constructions à élever sont tellement considérables que le bail du terrain n'est plus que secondaire. La jurisprudence a décidé

que, dans ce cas, la clause relative aux constructions forme l'objet principal de la convention et constitue un contrat tout-à-fait distinct du bail, passible du droit de 1 0/0 pour marché de travaux. L'hypothèse se présente notamment quand une ville loue à des particuliers un établissement thermal, un marché, etc., sous la condition qu'ils reconstruiront tous les bâtiments et jouiront ensuite des produits des bains ou du marché pendant un délai déterminé (Cpr. Dict. des droits d'enreg., V^{is} Bail, nos 211 et 214, et Constructions n° 149. — Demante, Principes de l'Enregistrement n° 357).

Le caractère prédominant du marché s'accuse encore avec évidence si le bailleur s'engage à payer le prix des constructions élevées pour son compte. Une telle convention constitue ordinairement une disposition indépendante du bail lui-même et justifie la perception d'un droit particulier de marché (Dict. des droits d'Enreg. V^o Constructions nos 152-154).

D'ailleurs, lorsqu'il n'y a qu'une faculté au lieu d'une obligation pour le preneur de construire, et que le bailleur doit, au cas où le preneur élèverait des bâtiments, lui payer une indemnité déterminée, le droit de 0^f 50 0/0 pour indemnité n'est pas exigible lors de l'enregistrement du bail ; l'indemnité n'est due en effet que sous la condition suspensive de l'établissement des constructions (Dict. des droits d'enreg. *loc. cit.* n° 155).

Ces solutions ne recevront, au surplus, leur application que si le preneur s'oblige à construire pour le compte du bailleur. Aucun droit, fixe ou proportionnel, ne serait exigible, indépendamment du droit de bail, s'il était convenu que les constructions, servant de garantie au paiement des loyers, resteraient pendant le bail la propriété du preneur (Dict. des droits d'Enreg., *loc. cit.* nos 149 et suiv.).

De même, il n'y aura pas lieu à la perception d'un droit

particulier, si le preneur est purement et simplement autorisé à construire à ses frais, risques et périls, les bâtiments devant, à la fin du bail, demeurer au bailleur sans indemnité (Dict. des droits d'Enreg., *loc. cit.*, n^o 121 et 122).

§ 2. — Des cessions ou conventions intervenues pendant le cours du bail.

Nous avons vu que la doctrine dominante en pratique et consacrée par une longue série d'arrêts et de jugements veut que la quotité du droit soit déterminée par la nature et la qualité de la chose vendue au moment où la transmission s'effectue. Peu importe le propriétaire, dit-on : les bâtiments sont immeubles par leur nature d'une façon absolue (art. 518 C. c.), abstraction faite par conséquent de leur possesseur.

En outre, l'administration n'a pas qualité pour examiner si celui qui se présente comme vendeur est propriétaire ou si, au contraire, il aliène la chose d'autrui.

Il s'ensuit que la cession consentie par le preneur de ses droits sur les bâtiments qu'il a élevés donne toujours ouverture au droit de 5 fr. 50 0/0, à moins qu'il ne soit stipulé qu'ils ne sont vendus qu'à la condition d'être démolis.

« Attendu, porte un arrêt de la Cour de cassation du 26 août 1844 (S., 44, 1, 708. — Inst. Gén. 1732 § 14) *que c'est l'état actuel de la chose qui détermine la qualité de meuble ou d'immeuble, et qu'en matière d'enregistrement la quotité du droit ne peut être déterminée que par la nature et la qualité de la chose vendue au moment où la vente est effectuée.* »

« *Attendu que c'est l'état actuel de la chose qui détermine la qualité actuelle de meuble ou d'immeuble* » (Cass., 15 avril 1846. — P. 1846, 2, p. 59. — Inst. Gén. 1767 § 13. — V. aussi Cass., 19 avril 1869, Sir., 69, 1, 325. — Inst. Gén. 2389 § 4).

Selon MM. Aubry et Rau (t. II, § 164, p. 7 et note 11), si le preneur, après avoir construit sur le fonds affermé, vient à céder, avec son droit au bail, la *jouissance* des constructions ainsi que la faculté de réclamer, le cas échéant, du propriétaire du terrain, l'indemnité due par lui au constructeur, la cession n'est pas assujettie à l'impôt établi sur les transmissions de propriété d'immeubles. La solution serait différente si le preneur, en cédant son droit au bail, avait *déclaré vendre* les bâtiments qu'il a élevés. L'Administration, à laquelle on présente un acte de vente ayant pour objet des constructions dont la nature immobilière n'est pas douteuse, n'a pas à se préoccuper de la question de savoir si le vendeur est ou non propriétaire de ces édifices ; au surplus, il est de principe que les droits régulièrement perçus d'après les dispositions d'un acte ne peuvent être restitués sous prétexte que les énonciations, parfaitement claires de cet acte, n'expriment pas le véritable caractère des conventions des parties.

C'est là, en définitive, la théorie de l'Administration, le système de la jurisprudence.

Observons que le preneur, s'il se donne comme tel, s'il excipe de sa qualité, de son titre de détenteur précaire, transmet, non pas les constructions mêmes qu'il a élevées, mais seulement les droits qu'il peut avoir sur ces constructions. D'ailleurs, selon nous, il en est de droit commun propriétaire ; c'est donc à lui qu'il incombe d'établir le droit du bailleur. Pour MM. Aubry et Rau, au contraire, le maître du sol est propriétaire des constructions élevées sur son terrain par autrui, à moins qu'il n'ait

renoncé au bénéfice de l'accession établi en sa faveur par les art. 552 et suiv. C. c. Dans cette opinion, ce serait à l'Administration à fournir la preuve d'une renonciation par le bailleur à son droit d'accession sur les édifices créés par le locataire ou fermier.

Le système, consacré par la Cour de cassation, d'après lequel la cession consentie par le preneur des droits qu'il a ou peut avoir sur les constructions par lui élevées constitue une vente immobilière passible du droit de 5 fr. 50 0/0 établi par l'art. 52 de la loi du 28 avril 1816, et cela dans tous les cas, sans qu'on ait à se préoccuper de savoir qui du bailleur ou du preneur est propriétaire des édifices, ce système, disons-nous, ne nous paraît pas devoir être suivi.

La Cour suprême elle-même ne considère que comme mobilière, même pour la perception des droits, la vente d'une forêt pour être abattue, d'une maison pour être démolie, et cependant la chose, dans son état actuel, dans son état au moment de la vente, est immeuble par sa nature ; n'y a-t-il pas dès lors inconséquence à appliquer d'autres règles en notre matière ?

A notre avis, il faut, avant tout, pour la liquidation et la perception de l'impôt exigible sur les mutations, examiner quelle est la nature du droit transmis et rechercher spécialement à qui appartiennent les constructions au moment où les parties contractent ; il est, en d'autres termes, nécessaire de voir si la chose a été vendue pour être transmise à l'acquéreur et lui appartenir dans son état d'immeuble, car, en définitive, ce n'est que le déplacement de la propriété des bâtiments, immeubles par leur nature, son passage d'une tête sur une autre, qui est atteint par le tarif des mutations immobilières.

Or, nous avons établi qu'en l'absence de conventions contraires le preneur est propriétaire sous condition réso-

lutoire des édifices qu'il a élevés. Dans ce cas, s'il les cède, il est incontestable que le droit de 5 fr. 50 0/0 sera régulièrement perçu.

Mais la même solution ne saurait être donnée lorsque le locataire n'est pas propriétaire des constructions qu'il a ajoutées, lorsque l'acte, indiquant son titre, prouve que c'est en qualité de preneur qu'il aliène ses droits sur ses constructions. Dans cette hypothèse, il serait à coup sûr inique de percevoir l'impôt immobilier alors que le cédant n'a sur les bâtiments qu'un simple droit mobilier de jouissance. Seulement comme il est, ainsi que nous l'avons dit, présumé propriétaire, durant le bail, des constructions qu'il a créées, ce sera à lui de prouver qu'elles appartiennent au bailleur. Il l'établira en produisant soit le contrat de bail, soit une convention postérieure de laquelle résulte sa non-propriété. Cette preuve ne pourrait d'ailleurs point être faite au moyen d'un acte sous seing privé n'ayant pas acquis date certaine, car l'administration est un tiers pour le recouvrement de l'impôt.

Il est vrai que le plus souvent les décisions judiciaires rendues en notre matière et contestables à raison des motifs invoqués, à savoir que la perception des droits se détermine uniquement par la nature et la qualité de la chose vendue au moment de la transmission, s'imposaient en fait parce que le preneur était propriétaire des constructions cédées en vertu soit des dispositions du Code civil, soit des clauses mêmes du bail.

Ajoutons que la jurisprudence n'applique pas dans toute sa rigueur le principe qu'elle a adopté. Par une singulière contradiction, on a recours à d'autres règles et on établit d'autres distinctions lorsque la transmission s'opère entre le bailleur et le preneur. On décide alors que si, d'après les stipulations du bail ou d'une convention postérieure, les constructions ont été élevées pour le compte

du maître du sol, le droit de cession immobilière cesse d'être exigible. Dans ce cas, dit-on, le constructeur a été simplement le gérant d'affaires du propriétaire du fonds auquel les bâtiments ont appartenu exclusivement dès leur incorporation au sol, sans qu'à aucune époque le constructeur ait pu les aliéner ou les hypothéquer. Le droit de ce constructeur n'est donc qu'un simple droit de jouissance, par conséquent un droit mobilier, et l'acte par lequel, durant le bail, le preneur cède au bailleur ses droits sur les édifices qu'il a ajoutés ne peut être qu'une cession de jouissance passible du droit de 0 fr. 20 0/0. Il importe peu d'ailleurs que la convention réserve ou non au preneur une créance d'indemnité.

Ces règles ont été appliquées par un arrêt de la Cour de Cassation du 2 juillet 1851 (Inst. Gén. 1900 § 2. — Sir. 51, 1, 535). Un bail contenait la clause suivante : « Les preneurs ne pourront démolir les bâtiments à élever pendant la durée du bail, lesquels appartiendront au bailleur sans indemnité. » La Cour décida que les constructions devant être élevées pour le compte du maître du sol n'étaient qu'une charge du bail ; que les preneurs n'avaient, dans ce cas, que le droit d'en jouir comme du sol lui-même et que, par suite, la cession consentie au bailleur n'étant qu'une simple cession de jouissance, le droit à 0 fr. 20 0/0 devait seul être perçu.

Mais, si la construction n'a pas été élevée pour le compte du maître du sol, on retombe sous l'empire des principes particuliers de la loi fiscale, à savoir que c'est la nature actuelle des bâtiments qui règle la perception. Ainsi il a été jugé que c'est le droit de 5 fr. 50 0/0 qui est exigible : 1^o Si les constructions faites par un tiers sur le terrain d'autrui sont cédées à la personne qui a acquis antérieurement le terrain (Seine, 4 janvier 1838, J. E. 11852) ; 2^o ou si les constructions sont cédées pendant le bail par le

preneur au propriétaire du sol qui avait permis de les élever (Péronne, 3 juillet 1838, J. E. 12106).

Selon M. Garnier, l'auteur du *Répertoire Général de l'Enregistrement*, la question de savoir si le preneur a construit pour lui ou pour le compte du bailleur revient à celle-ci : l'engagement contracté par le bailleur de reprendre les constructions équivaut-il à une promesse de vente ? Si oui, les bâtiments ont été élevés pour le compte du preneur ; tel est le cas prévu par M. Demante (n° 360 § 2) d'un bail autorisant le preneur à construire, à ses risques et périls, avec stipulation que le prix sera réglé par experts à la fin du bail, suivant la valeur des ouvrages à cette époque. Alors la cession consentie par le locataire à son bailleur est une vente immobilière. En effet, le bailleur ne devient pas *de plano* propriétaire des bâtiments, au fur et à mesure de leur incorporation à son terrain ; il a seulement promis de les acheter à une certaine époque et la transmission s'opère à son profit à ce moment (Arrêts des 2 février 1842, S. 42, 1, 101 — 3 juillet 1844, S. 44, 1, 682. — Cpr. Seine, 21 avril 1865, Rép. pér. n° 2116).

Dans l'hypothèse inverse, le bailleur est propriétaire *ab initio*. Dans ce cas, la cession des constructions qui lui est consentie par le preneur ne constitue plus qu'une cession de jouissance. C'est ce qui a été décidé par le tribunal de la Seine dans une espèce où les constructions devaient appartenir au bailleur, sans aucune indemnité, s'il était encore propriétaire du sol à la fin du bail ; il était en outre stipulé qu'au cas où il vendrait sa propriété à un tiers pendant le bail, elles seraient remboursables jusqu'à concurrence de la dépense faite, avec en plus une indemnité de 50,000 francs. Dans l'un et l'autre cas, dit le Tribunal, les constructions appartiennent au maître du terrain ; les locataires n'ont donc sur elles

qu'un simple droit de jouissance ; s'ils les transmettent au bailleur, celui-ci n'achètera pas ce qui lui appartient déjà, c'est-à-dire les constructions, mais ce qui ne lui appartient pas encore, c'est-à-dire la jouissance.

Dans une autre espèce, le même tribunal (25 avril 1862, J. E. 17548) a distingué entre les constructions qui doivent être laissées au bailleur sans indemnité, et celles que ce dernier peut garder moyennant un prix ou faire enlever. A l'égard des premières, élevées pour le compte du bailleur, il a décidé qu'il y avait simple cession de jouissance ; à l'égard des secondes, érigées pour le compte du preneur, il a jugé qu'on se trouvait en présence d'une cession immobilière.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 15 novembre 1875 (S. 76, 1, 86) a décidé que le droit de vente immobilière devait être perçu dans l'espèce ci-après :

La Société des entrepôts et magasins généraux avait donné à bail à X... un terrain à construire, aux frais et risques du preneur. Pour faciliter l'édification, la Société bailleresse avait concouru à l'affectation hypothécaire des constructions ; l'acte stipulait en outre que, si le preneur n'usait pas de la promesse de vente qui lui avait été faite, la société bailleresse reprenait, non pas les constructions élevées, mais la propriété pleine et entière du terrain.

Sur une saisie immobilière pratiquée en fin de bail, la Compagnie bailleresse se porte adjudicataire ; elle avait d'ailleurs, dans le cahier des charges, réservé la propriété du preneur sur les constructions.

La Cour de Cassation décida que le droit de 5 fr. 500/0 était exigible. « Il n'y a d'exception, dit-elle, à cette règle que la cession équivaut à une vente immobilière que lorsque le preneur a construit pour le compte du bailleur qui est alors devenu *hic et nunc* propriétaire. »

En résumé, dans toutes les espèces que nous venons de

citer, la jurisprudence a subordonné la perception du droit immobilier sur les transmissions provenant du chef du constructeur à la question de savoir à qui appartaient les constructions au moment où elles avaient été cédées. Elle a en conséquence distingué entre le cas où le bailleur était propriétaire des bâtiments édifiés par le preneur et celui où ils appartenaient au locataire. Mais on ne voit aucune raison pour restreindre cette distinction, seule rationnelle, seule juridique, aux conventions intervenues entre le bailleur et le preneur.

Nous venons de voir quels droits sont exigibles, dans le système de l'Administration et de la jurisprudence, lorsque le preneur cède les constructions par lui établies sur le terrain loué.

Comment règle-t-on la perception dans le cas où le bailleur cède ses droits sur le sol et les édifices ?

On décide que c'est toujours au droit de 5 fr. 50 0/0 qu'est assujettie une telle cession, mais suivant la distinction ci-après : Si les bâtiments ont été élevés pour le compte du bailleur, la vente transmet à l'acquéreur la propriété même des constructions comme celle du sol ; le droit de mutation immobilière est donc applicable (Seine, 10 janvier 1839, J. E. 42220). Si l'acheteur est chargé de payer l'indemnité due au preneur, cette indemnité doit être ajoutée au prix pour la liquidation de l'impôt (Lyon, 7 avril 1865, J. E. 18013).

Lorsqu'au contraire le preneur est propriétaire des constructions, et que le bailleur a une action pour les obtenir lors de l'expiration du bail, on perçoit encore, avons-nous dit, le droit de vente immobilière. Pour justifier cette perception, on invoque le caractère immobilier de l'action cédée par le bailleur et tendant à procurer un immeuble (Sol. de l'Adm. du 23 mai 1853. — Seine, 18 mai 1860, J. E. 17094. — Ypres (Belgique), 24 juin 1870, Rép. pér. n° 3606).

On argumente dans toutes les hypothèses de l'art. 553 duquel il résulte que les constructions établies sur un terrain sont présumées appartenir au propriétaire de ce terrain. De ce texte on induit que, nonobstant toute déclaration contraire des parties, les bâtiments existant sur un fonds sont présumés faire partie de la vente de ce fonds. Ce n'est pas à l'administration à prouver que cette déclaration est fausse, mais aux parties à établir qu'elle est vraie. Il s'ensuit qu'en cas d'expertise provoquée en vertu de l'article 17 de la loi du 22 frimaire an VII, l'estimation doit comprendre le sol et les bâtiments (Lille, 1^{er} juin 1837, J. E. 12100. — Seine, 22 novembre et 17 décembre 1838, J. E. 12201 et 12207).

Nous ne saurions, ainsi que nous l'avons déjà dit, partager cette opinion d'après laquelle ce n'est pas aux droits du vendeur sur la chose vendue qu'il faut s'attacher pour régler la perception et déterminer les droits exigibles, mais à la nature juridique de l'objet transmis au moment où la cession s'opère. Ce système est contraire aux principes du droit civil. En outre les conséquences qu'on peut en tirer sont si exorbitantes qu'il suffit de les énoncer pour faire voir que le système lui-même est inadmissible : pourquoi, par exemple, ne percevrait-on pas le droit de 5 fr. 50 c. sur la cession du droit au bail faite par le preneur, en dehors des constructions qu'il a édifiées, sous le prétexte que la maison louée est immeuble ?

A notre avis, la perception dépend essentiellement de cette question préjudicielle : qui est propriétaire des constructions ? question résolue d'ailleurs par les règles du droit civil.

1^o LE PRENEUR EST PROPRIÉTAIRE.

Lorsqu'il cède simplement son droit au bail ou, plus généralement, lorsqu'il fait une convention traitée comme

bail au point de vue fiscal (Loi du 22 frimaire au VII art. 69 § 3 — 2^o), le droit à 0 fr. 20 0/0 sera seul exigible sur le prix cumulé des années restant à courir (Loi du 16 juin 1824 art. 1^{er}).

Si au contraire la transmission a pour objet les constructions, si, en d'autres termes, le bâtiment est aliéné, l'acte est passible du droit de 5 fr. 50 0/0 (Loi du 28 avril 1816 art. 52) sur le prix exprimé en y ajoutant les charges (L. de frim. art. 15 n^o 6) soit que la mutation s'opère entre le bailleur et le preneur, soit qu'elle ait lieu entre le preneur et un tiers, car, dans l'un comme dans l'autre cas, il s'opère une transmission de propriété immobilière.

C'est ce qui a été décidé par un arrêt de la Cour de cassation du 15 novembre 1835 (Inst. Gén. 1513 § 7. — S., 35, 1, 907) intervenu dans une espèce où il s'agissait de constructions élevées sur un terrain domanial et cédées en même temps que le droit à la jouissance du terrain. La Cour a reconnu l'exigibilité du droit de 5 fr. 50 0/0 sur l'intégralité du prix, les parties ne s'étant pas conformées à l'article 9 de la loi de frimaire dont nous parlerons tout-à-l'heure.

D'après un jugement du tribunal de la Seine du 28 mai 1851, il importe peu que les constructions aient été désignées dans l'acte comme matériaux (Dict. des droits d'enreg. V^o Constructions n^o 135).

Un arrêt de la Cour de cassation du 15 novembre 1875 a décidé que le droit de cession immobilière devait être perçu au cas où le bailleur se porte adjudicataire sur licitation.

De même, le droit de vente immobilière a été reconnu exigible dans l'espèce suivante : Il avait été stipulé dans le bail que le preneur aurait la faculté d'élever des constructions, et que le bailleur aurait le choix, à l'expiration

du bail, soit de conserver les bâtiments à la charge d'en payer le prix d'après l'estimation, soit de les faire enlever par les preneurs. Le bailleur ayant consenti à proroger le bail à condition que les édifices lui appartiendraient sans indemnité, l'acte de prorogation a été considéré comme opérant au profit du bailleur la dévolution de la propriété des constructions appartenant antérieurement au preneur (Seine, 21 avril 1865, Rép. pér. 2116. — Dict. des droits d'enreg. V^o Constructions n^o 160).

Supposons que le preneur cède à un tiers, moyennant un prix unique, son droit au bail en même temps que les constructions et le matériel industriel ou agricole qu'il a placé dans les bâtiments loués. Quels droits percevra-t-on sur ce contrat qui renferme à la fois : 1^o Une cession de bail ; 2^o Une transmission de meubles ; 3^o Une vente d'immeubles, diversement tarifées ?

En l'absence des règles spéciales, on aurait dit : Pour arriver à une liquidation exacte des droits respectivement dûs à 0 fr. 20 %, 2 % et 5 fr. 50 % sur la cession de bail, la vente de meubles et la transmission immobilière, une ventilation du prix est à la fois nécessaire et suffisante.

Mais, aux termes de l'art. 9 de la loi de frimaire, lorsqu'un acte translatif de propriété ou d'usufruit comprend à la fois des meubles et des immeubles, le droit d'enregistrement est exigible sur la totalité du prix, à moins qu'il ne soit stipulé un prix particulier pour les objets mobiliers et que ceux-ci ne soient désignés article par article dans le contrat.

La Cour de cassation a décidé que cette disposition est générale et s'applique aux créances ou aux autres biens mobiliers incorporels comme aux meubles corporels (Cass. 19 février 1873, D. 73, 1, 449. — 13 janvier 1880, D. 80, 1, 183).

De là il résulte que, si un acte portant cession simultanée par le preneur de son droit au bail et des constructions ne contient pas une désignation et un prix distincts à raison de la cession du droit au bail, le droit de 5 fr. 50 % devra être perçu sur l'intégralité du prix exprimé.

La même question se présente lorsque la vente des édifices créés par le preneur comprend à la fois des constructions obligatoires qui sont la propriété du bailleur et des constructions facultatives qui appartiennent au locataire ; le droit à 0 fr. 20 % sera dû sur le prix afférent aux constructions obligatoires et le droit de 5 fr. 50 % sur celui afférent aux constructions facultatives, si les parties ont satisfait aux prescriptions de notre texte (Cpr. Seine 25 avril 1862 — J. E. 17 548).

Notons en terminant que la cession des constructions élevées par le preneur comprend naturellement la cession du droit au bail du terrain sur lequel elles ont été édifiées (Dict. des droits d'enreg. V^o Constructions n^o 86) ; car, sans cela, comment l'acquéreur serait-il mis en possession des bâtiments, objet de la vente ?

Enfin si l'édifice est vendu comme bâtiment à démolir, le droit de 2 % sera seul exigible (Loi du 22 frimaire an VII, art. 69 § 5 n^o 1).

Nous venons d'examiner les règles de perception qui régissent les cessions consenties par le preneur, durant le bail, des constructions qu'il a établies sur le fonds loué.

Voyons maintenant à quels droits donneront ouverture les actes que le bailleur passera relativement à ces édifices.

En principe, le locateur est propriétaire sous condition suspensive, sous la condition que les ouvrages subsisteront à la fin du bail. Il s'ensuit que la cession qu'il consentirait de son droit éventuel étant affectée, au point de vue de la mutation de propriété, de la même condition suspensive que le droit lui-même, ne pourrait donner

ouverture à l'impôt établi sur les transmissions de propriété immobilière.

Nous avons vu plus haut que si le bailleur a la faculté d'exiger à l'expiration du bail le maintien des constructions sur le sol, l'action qui lui appartient a, dans ce cas, le caractère immobilier, et la cession qu'il en ferait serait passible du droit de 5 fr. 50 % (Dict. des droits d'enreg. V^o constructions, n^o 130).

2^o LE BAILLEUR EST PROPRIÉTAIRE.

Dans ce cas, son droit sur les bâtiments élevés par le preneur prend naissance du jour de leur incorporation au sol; c'est un droit de propriété de même nature que celui qu'il a sur le fonds.

Les aliénations qu'il consentira seront donc assujetties au droit de mutation immobilière qui devra être liquidé tant sur la valeur des constructions que sur celle du sol (Dict. des droits d'enreg. V^o constructions n^o 120. — Demante, n^o 360).

Le preneur n'a dans cette hypothèse qu'un droit de jouissance sur les bâtiments qu'il élève comme sur les bâtiments loués; la cession qu'il consentirait de son droit soit au bailleur, soit à un tiers, ne donnerait par suite ouverture qu'au droit de 0 fr. 20 %.

§ 3. — Des conventions lors de l'expiration du bail.

Les décisions qui précèdent s'appliquent aux transmissions qui s'effectuent pendant le cours du bail.

Quelles solutions donnerons-nous lorsque le contrat prend fin ?

1^o LE PRENEUR EST PROPRIÉTAIRE.

Ainsi que nous l'avons établi, le preneur, a de droit commun, la faculté d'enlever, à l'expiration du bail, les constructions par lui édifiées ; cette faculté lui appartient tant qu'il n'y a pas renoncé par une convention intervenue entre lui et le bailleur.

Si cette convention est passée pendant le cours du bail, on pourra la considérer comme transmettant au bailleur la propriété des constructions élevées par le locataire et percevoir le droit de mutation à 5 fr. 50 %.

Mais que faut-il décider dans le cas où elle intervient à l'expiration du bail, mais avant que la jouissance du preneur ait pris fin ?

Le système qui prévaut est qu'une telle convention est passible du droit de 5 fr. 50 %. Le bailleur, dit-on, a renoncé, soit expressément, soit implicitement, au bénéfice de l'accession ; il s'ensuit que les constructions sont devenues d'une manière définitive la propriété du locataire ; en outre, elles ont le caractère immobilier ; dès lors si le preneur consent à les céder au bailleur, maître du terrain, ce dernier acquiert une valeur immobilière et l'acte est par conséquent passible du droit de 5 fr. 50 % (Dict. des droits d'enreg. V^o constructions, nos 171 et suiv. — Rép. gén., n^o 5126 — 4^o *in fine*. Cpr. Cass. 15 novembre 1875, S. 76, 1, 86).

A notre avis, cette doctrine doit être rejetée.

En effet, loin d'être définitif, incommutable, le droit de propriété du preneur est au contraire résoluble avec le bail lui-même ; il disparaît, il est anéanti en même temps que sa jouissance prend fin. A ce moment, le locataire n'a plus qu'un droit, celui d'enlever les

matériaux provenant de la démolition des bâtiments qu'il a élevés, destruction à laquelle le bailleur peut d'ailleurs le contraindre. La convention qui intervient à la fin du bail ne saurait donc avoir pour objet de transmettre au maître du sol une propriété qui est sur le point de disparaître ; son seul but est de déterminer le montant de l'indemnité que le locateur, désireux de profiter des constructions, paiera au preneur, libre de les enlever, à raison du maintien des matériaux sur le sol.

Durant la période d'exécution du contrat de location, les bâtiments, dans leur nature d'immeubles, étaient la propriété du bailleur, mais sous condition suspensive, sous la condition qu'ils existeront encore à la fin du bail. Si donc ils subsistent à ce moment, pour un motif quelconque, la condition s'est réalisée ; c'est alors la loi seule et non le consentement du preneur, dont les droits sont résolus, qui rend le bailleur propriétaire des édifices élevés sur son terrain.

Il n'y a donc pas de mutation immobilière, car, comme nous venons de le dire, si les matériaux restent sur le sol, c'est parce que le preneur a consenti à ne pas les enlever, et, si le bailleur devient propriétaire des constructions dans leur nature d'immeubles, c'est en vertu de son droit d'accession (art. 546, 551, 552, 553 C. c.) qui, écarté, suspendu pendant la durée du bail, produit ses effets à son expiration et suivant l'état des choses existant à ce moment.

Aussi pensons-nous que la convention qui nous occupe n'est passible que du droit de 2 0/0 édicté par l'art. 69 § 5 n° 1 de frimaire (V. dél. du 7 oct. 1871. Dict. des droits d'enreg. V° constructions n° 165).

C'est aux juges du fond qu'il appartiendra d'apprécier si, à raison des circonstances, la convention réglant l'indemnité donne ouverture au droit de 5 fr. 50 0/0 ou au

droit de cession mobilière. Un des principaux éléments de décision sera l'époque à laquelle la cession sera intervenue.

Si l'indemnité n'est réglée qu'après l'expiration du bail, le droit proportionnel de 0 fr. 50 0/0 sera seul exigible, car les matériaux sont alors définitivement incorporés au sol (Rép. pér. 3128, 3481).

2° LE BAILLEUR EST PROPRIÉTAIRE.

Lorsque le bailleur est propriétaire des constructions, l'acte fixant l'indemnité dont il se reconnaît débiteur envers le locataire ne peut donner ouverture qu'au droit de 0 fr. 50 0/0 (Dict. des droits d'enreg. V^o constructions n^{os} 164 et suiv.). Il n'y a en effet, dans ce cas, aucune mutation, soit mobilière, soit immobilière, car, en vertu des réserves faites dans le contrat de bail, le locateur est devenu propriétaire des bâtiments *jure accessionis*, dès leur incorporation au sol.

Il faudrait donner la même solution dans le cas où le bailleur devrait devenir, en fin de bail, propriétaire des édifices qui ont appartenu au locataire pendant la période d'exécution du contrat, ou s'il s'était réservé le droit d'option dans les termes de l'article 555 (Garnier Rép. Gén. n^o 5126 — 4^e. Dict. des droits d'enreg. V^o constructions, n^{os} 164 et suivants).

§ 4. — De la résolution du bail.

Il faut distinguer si elle est *forcée* ou si elle est *amicable*.

1^o LA RÉSOLUTION EST PRONONCÉE EN JUSTICE.

Selon l'opinion généralement admise, la résolution judiciaire n'a pas d'effet rétroactif : elle équivaut à l'expiration du bail. Nous appliquerons donc en principe à cette hypothèse les solutions que nous avons données pour la cessation normale du contrat de location.

2^o IL S'AGIT D'UNE RÉSOLUTION AMIABLE.

Dans ce cas, la cession consentie par le preneur au bailleur des bâtiments qu'il a élevés emporte dévolution et donne ouverture au droit proportionnel établi sur les transmissions de propriété d'immeubles.

DES TRANSMISSIONS A TITRE GRATUIT.

Nous ne ferons, pour régler la perception des droits de mutation par décès exigibles sur les constructions élevées par le preneur, qu'appliquer les lois et dispositions sur la matière, en nous inspirant des principes que nous avons posés.

Nous distinguerons deux hypothèses :

1^o LE PRENEUR EST PROPRIÉTAIRE DES CONSTRUCTIONS.

Lorsqu'il vient à décéder avant l'expiration de sa jouissance, les constructions par lui créées constituent une valeur qui doit être comprise dans la déclaration de sa succession (Cass., 24 nov. 1869. Sirey, 70, 1, 133.)

Le droit est perçu, d'après le degré de parenté des héritiers ou légataires avec le défunt, sur le produit des bâtiments capitalisé par le nombre des années du bail restant à courir (même arrêt). Il s'ensuit que, si lors du décès, le bail n'a plus qu'une très courte durée, on percevra un droit inférieur à celui qui serait exigible sur la valeur des matériaux (v. Inst. gén. 2397-6).

Si le preneur avait sous-loué le terrain et donné à bail les constructions, l'impôt de mutation ne devra encore porter que sur la valeur de ces constructions qui seules étaient la propriété du défunt ; les héritiers auront donc à déclarer distinctement le revenu du sol et celui des constructions, afin que le droit ne frappe que la portion du bail afférente aux édifices (Seine, 13 février 1864, J. E. 17931). D'ailleurs le prix du bail ne doit servir exclusi-

vement de base à l'impôt que s'il est courant au moment du décès (art. 15 n° 7 de la loi de frim.).

Dans le cas où le bailleur est propriétaire des constructions, le preneur n'a sur elles comme sur les lieux loués qu'un simple droit de jouissance. S'il vient à décéder, ces bâtiments ne feront pas partie de sa succession. Mais, s'il avait cédé tout ou partie de sa location avec bénéfice, ses héritiers devront acquitter le droit de mutation par décès sur le bénéfice des sous-locations multiplié par le nombre des années du bail restant à courir. Il n'y a d'ailleurs bénéfice qu'autant que la sous-location est faite pour un prix supérieur au loyer originaire augmenté de la charge de construire, en supposant que les constructions appartiennent au bailleur sans indemnité.

Au cas contraire, les héritiers du preneur devront acquitter l'impôt de mutation par décès tant sur la créance d'indemnité appartenant au preneur et exigible en fin de bail que sous le bénéfice des sous-locations (Dict. de l'Enreg. V° Constructions, n° 184).

Il est à peine besoin d'ajouter que, lorsque la propriété des constructions qu'il a créées repose sur la tête du locataire, toute transmission opérée du chef du bailleur ne peut avoir pour objet que le terrain et les bâtiments loués.

2° LE BAILLEUR EST PROPRIÉTAIRE DES CONSTRUCTIONS.

S'il vient à décéder, elles devront être comprises dans la déclaration de succession, et le droit de mutation par décès sera perçu non-seulement sur le revenu du terrain loué, déterminé par le prix du bail courant au jour du décès et capitalisé par 20 ou 25, mais encore sur la valeur des constructions répartie sur toute la durée du bail et multipliée par le même dernier, c'est-à-dire par 20 ou

25, suivant qu'il s'agit de biens *urbains* ou de biens *ruraux* (art. 2 de la loi du 21 juin 1875).

Si par exemple des constructions ont été imposées au preneur pour une somme de 10,000 francs et que le bail du terrain soit fait pour dix ans, moyennant un fermage annuel de 200 francs, à l'expiration du bail le locateur aura acquis définitivement la propriété d'immeubles valant 10,000 francs. Tout se sera en définitive passé comme si chaque année son revenu s'était augmenté de 1,000 francs. Le revenu annuel du sol et des constructions qui devra servir de base à la liquidation du droit de mutation par décès sera donc de $200 + 1,000$, soit 1,200 francs.

Aux termes de l'article 15 n° 7 de la loi de frimaire, la valeur de la propriété s'établit pour la liquidation du droit, par le capital du revenu *sans distraction des charges*.

Il a été décidé que si la *charge* consiste dans l'obligation pour le preneur d'élever des constructions, les parties doivent en estimer l'importance (Cass., 21 juin 1869. — S., 69, 1, 387. — Inst. gén., 2393-3).

De même, lorsqu'il a été stipulé dans un bail que le preneur ajoutera des constructions aux bâtiments loués et retiendra pour se payer une portion du prix du bail, cette portion entre, comme le surplus, dans le prix de la location, et le revenu des immeubles sera déterminé par l'intégralité du prix (Valence, 26 janvier 1871. — Rep. pér. 3478).

Quant à l'indemnité que le bailleur peut devoir au preneur, elle ne doit pas être déduite des valeurs de la succession ; c'est en effet une *charge* de cette succession et il est de principe que, pour l'assiette des droits de transmission entre vifs à titre gratuit ou par décès, les charges, c'est-à-dire le passif proprement dit, ne sauraient

être distraites de l'actif imposable (art. 14 § 8 de la loi de frimaire).

Les règles que nous venons de poser à l'égard des transmissions qui s'effectuent par décès sont applicables en général aux transmissions entre vifs à titre gratuit.

DES TRANSMISSIONS D'USUFRUIT.

§ 1^{er}. — Mutations à titre onéreux.

L'usufruit étant un droit réel, un démembrement temporaire de la propriété, la loi fiscale a assujetti à un droit proportionnel les transmissions dont il est l'objet (loi du 22 frimaire an VII, art. 4). Elle les rapproche d'ailleurs constamment des transmissions de la propriété et leur applique les mêmes dispositions.

Supposons un bail à long terme. Etant propriétaire des bâtiments qu'il a établis sur le fonds affermé, le preneur peut incontestablement démembrement son titre en concédant une servitude personnelle ou réelle sur ces édifices. Ces constructions constituant entre ses mains des immeubles par leur nature (art. 518), il s'ensuit, que si le preneur en transmet l'usufruit à un tiers par un acte sous signature privée, cet acte devra être enregistré dans les trois mois de sa date (l. de frimaire, art. 22), à peine de deux droits en sus encourus personnellement l'un par le vendeur et l'autre par l'acquéreur (l. de frim., art. 33 et du 23 août 1871, art. 14) ; cet acte sera assujetti au droit de 4 0/0 (l. de frim., art. 69 § 7 n° 1) élevé à 5 fr. 50 (l. du 28 avril 1816, art. 52) ; ce droit sera liquidé sur le prix exprimé dans l'acte et augmenté de toutes les charges en capital (loi de frim., art. 15 n° 6). Enfin l'usufruit transmis peut, comme la propriété entière, faire l'objet d'une expertise (l. de frim., art. 17).

Mais quand y aura-t-il transmission d'usufruit ?

En droit civil, on distingue les *constitutions* d'usufruit et les *transmissions* d'usufruit.

Il y a *constitution* d'usufruit lorsque le droit d'user et de jouir est détaché de la propriété pour acquérir une individualité propre, en d'autres termes lorsque l'usufruit de *causal* qu'il était devient *formel*. C'est ce qui arrive lorsque le preneur, fermier ou locataire, transfère l'usufruit de ses constructions à un tiers, ou encore quand il vend la nue-propriété de ces constructions en se réservant l'usufruit.

Dans le premier cas, il y a une véritable aliénation atteinte par la loi fiscale, car le droit réel de jouissance qui appartenait auparavant au preneur, propriétaire des bâtiments, est passé sur la tête d'une autre personne. Il faudra donc faire à cette hypothèse l'application de l'article 69 § 7 n° 1 de la loi de frim. qui vise certainement les actes constitutifs d'usufruit.

Quant aux ventes de biens immeubles avec réserve d'usufruit par le vendeur, elles sont régies par une règle spéciale, exorbitante : au prix exprimé dans l'acte et qui représente la valeur de la nue-propriété transmise, on ajoute la valeur de l'usufruit que le législateur évalue arbitrairement à la moitié des sommes indiquées dans le contrat et augmentées de toutes les charges en capital ; le droit est perçu sur le total (L. de frim. art. 15 n° 6 al. 2).

Il est vrai que, plus tard, lorsque l'usufruit s'éteindra naturellement, il ne sera dû aucun droit pour sa réunion à la nue-propriété, et, s'il prend fin prématurément par la renonciation de l'usufruitier à ses droits ou par la cession qu'il en consentira au profit du nu-propriétaire, il ne sera encore rien dû, sauf le droit fixe de 4 fr. 50 (L. de frimaire an VII, art. 68 § 2 n° 42. — 28 avril 1816 art. 44-4°. — 28 février 1872, art. 4), à moins que la cession n'ait lieu pour un prix supérieur à l'évaluation qui a été faite de l'usufruit lors de la vente de la nue-propriété ; dans ce cas, un supplément de droit proportionnel sera exigible « *sur ce*

qui se trouve excéder cette évaluation » (L. de frim. art. 15 n° 6 al. 2).

Nous avons observé que le principe posé par l'art. 15 n° 6 al. 2 de la loi de frim. est exorbitant.

En effet, dans l'hypothèse prévue par ce texte, un droit est perçu sur la transmission de l'usufruit, alors qu'il n'y a pas transmission.

Pourquoi la loi fiscale a-t-elle édicté une pareille règle ? Elle a craint la fraude ; elle a craint que celui qui aurait voulu vendre la pleine propriété d'un immeuble commençât par aliéner la nue-propriété, moyennant bien entendu un prix moins élevé, sauf à renoncer plus tard à l'usufruit d'une manière purement abdicative, une telle renonciation n'étant, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, assujettie qu'au droit fixe.

On ajoute que le droit applicable à la transmission de cet usufruit n'est payé que par anticipation et que, lorsque l'usufruit se réunira à la nue-propriété, il ne sera pas perçu une seconde fois,

Telles sont les raisons par lesquelles on a justifié notre disposition. Il demeure néanmoins manifeste qu'en équité l'impôt de mutation ne devrait être perçu que sur le prix exprimé dans l'acte, en y ajoutant les charges. Qu'est-ce en effet que la nue-propriété, sinon l'expectative de l'usufruit ? Il est donc incontestable que l'acheteur d'une nue-propriété ne paie que l'expectative de l'usufruit ; il s'ensuit qu'il y a, dans notre hypothèse, *diminution* de la valeur de la chose vendue, et non point une *charge*.

Aussi ne faut-il pas étendre l'article 15 n° 6 al. 2 de la loi de frimaire en dehors du cas qu'il prévoit expressément.

Si donc le preneur transmet simultanément la nue-propriété de ses constructions à une personne et l'usufruit à une autre, notre texte ne devra pas recevoir son applica-

tion ; chacun des acquéreurs devra acquitter le droit sur la valeur qui lui est transmise.

Quant à la *transmission* de l'usufruit, elle consiste dans la cession par l'usufruitier de ses droits au profit d'un tiers.

La cession de l'usufruit suppose donc le démembrement de la propriété. Mais qu'est-ce que peut céder l'usufruitier ? Est-ce seulement, comme on l'a prétendu, *l'exercice de son droit*, en d'autres termes, le droit d'user et de jouir de la chose, ou bien son *droit* lui-même, c'est-à-dire l'usufruit tel qu'il lui appartient ?

Ce que l'usufruitier peut céder, c'est son *droit* lui-même avec les diverses chances qui y sont attachées, de sorte que le droit cédé ne changera pas de nature entre les mains du cessionnaire et restera *après* la cession ce qu'il était *avant* ; notamment, il s'éteindra par la mort du cédant.

En effet, tous les droits sont cessibles, sauf exception ; en outre l'art. 595 est formel : il dit que l'usufruitier peut céder son *droit*.

Le cessionnaire de l'usufruitier, acquérant le droit même d'usufruit, pourra l'hypothéquer puisque, dans notre espèce, il porte sur des constructions, immeubles par leur nature (art. 518 et 2118) ; il s'ensuit que l'art. 67 § 7 n° 1 de la loi de frimaire sera applicable à la cession d'usufruit.

Il existe cependant des cas dans lesquels la cession d'usufruit ne donnera pas ouverture au droit proportionnel. Ainsi le vendeur s'est réservé l'usufruit des constructions ; plus tard, il cède ce droit à l'acquéreur de la nue-propriété ; cette cession, nous l'avons dit tout-à-l'heure, ne sera assujettie qu'à un droit fixe de 4 fr. 50.

Il en sera de même lorsque, l'usufruit ayant son origine dans un testament, le nu-propriétaire et l'usufruitier

ont, lors du décès du testateur, acquitté tous deux les droits de mutation, le premier sur la valeur de la toute propriété, le second sur la valeur de l'usufruit.

Cette règle de perception n'est qu'une application de l'article 15 n° 7 de la loi de frimaire, aux termes duquel la nue-propriété transmise lors du démembrement, étant tarifée comme la toute propriété, il n'est rien dû à raison de la réunion ultérieure de l'usufruit à la nue-propriété. L'impôt de mutation a été perçu par anticipation; il ne doit donc pas être perçu une seconde fois lorsque le nu-propriétaire acquiert l'usufruit dont il a été momentanément privé.

Ainsi, dans l'économie de la loi fiscale, le paiement effectué lors de la mutation qui opère le démembrement de la propriété a pour effet d'affranchir définitivement de tout impôt la réunion qui doit nécessairement s'opérer un jour de l'usufruit à la nue-propriété.

La question de savoir à qui profite ce paiement anticipé a fait un moment difficulté. L'Administration a soutenu tout d'abord qu'il ne devait profiter qu'à celui qui l'avait effectué et qu'il ne libérait ainsi du droit proportionnel que la réunion de l'usufruit réalisée sur la tête de l'acquéreur primitif de la nue propriété. Il s'ensuivait que si, avant la cessation de l'usufruit, le nu-propriétaire avait cédé ses droits à un tiers, l'Administration refusait à ce dernier, lorsque l'usufruit venait à se consolider sur sa tête, le bénéfice du paiement effectué par avance lors du démembrement de la propriété, et réclamait un nouveau droit de mutation à raison de cette transmission de l'usufruit au tiers cessionnaire de la nue-propriété.

Mais, par un arrêt du 10 mai 1848 (S. 48, 1, 339), la Cour de Cassation condamna le système de l'Administration, et reconnut que « quel que soit le nombre des mutations intermédiaires subies par la propriété d'un im-

meuble pendant son démembrement, il ne peut être perçu qu'un droit proportionnel pour la réunion de l'usufruit à la nue-propriété; d'où il suit que, si le droit a été perçu d'avance, il n'y a plus à l'exiger de nouveau, et que le § 7 deuxième alinéa de l'article 15 de la loi de frimaire reçoit ici son application. »

La règle consacrée par cet arrêt a servi définitivement de base à la perception (Inst. Gén. 2188).

Il en résulte que le paiement par anticipation effectué conformément à l'article 15 précité profite non personnellement au premier acquéreur de la nue-propriété qui l'a effectué, mais au fait même de la réunion de l'usufruit à la nue-propriété, sur quelque tête qu'elle s'opère.

Ainsi il a été décidé que, lorsque le nu-propriétaire d'un immeuble a acquitté par avance le droit de mutation sur la valeur de l'usufruit, la vente consentie simultanément par lui et l'usufruitier, s'analysant en une vente de la nue-propriété et une renonciation par l'usufruitier de ses droits au profit de l'acquéreur, ne doit être assujettie au droit de mutation que sur la portion du prix qui représente la valeur de la nue-propriété vendue. La transmission de l'usufruit ne donne ouverture qu'au droit fixe de 4 fr. 50 augmenté du droit proportionnel de 1 fr. 50 0/0, si l'acte est de nature à être transcrit et si ce dernier droit n'a pas été déjà payé (Solution de l'Administration du 23 avril 1866. — Rép. pér. n° 2402).

Lorsque l'usufruit s'éteint, il faut distinguer s'il prend fin par une cause naturelle, par exemple par la mort de l'usufruitier, par l'expiration du temps pour lequel il a été créé, par le non-usage pendant trente ans, ou si, au contraire, il cesse d'une manière anticipée, soit par la renonciation de l'usufruitier à ses droits, soit par la résolution de l'usufruit prononcée judiciairement pour abus de jouissance (art. 618 C. Civ.).

Selon l'opinion généralement admise en doctrine et consacrée par une jurisprudence constante, l'extinction naturelle de l'usufruit ne donne jamais ouverture aux droits de mutation. Cette règle est fondée non-seulement sur la disposition de l'article 15 de la loi de frimaire qui affranchit de tout impôt la réunion de l'usufruit à la nue-propriété, comme conséquence du paiement effectué lors du démembrement, mais encore sur les principes généraux du droit civil qui ne permettent pas de considérer l'extinction naturelle de l'usufruit comme opérant mutation. En effet, dans ce cas, il ne s'effectue aucune transmission; le nu-propriétaire n'est pas l'ayant-cause de l'usufruitier et n'aura pas à supporter les charges dont celui-ci avait grevé l'usufruit; elles s'éteignent de plein droit en même temps que sa jouissance.

Si l'usufruit cesse par la renonciation de l'usufruitier à son droit, une sous-distinction doit être faite.

Aucun droit proportionnel de mutation ne sera exigible si le nu-propriétaire et l'usufruitier ont tous deux acquitté l'impôt, le premier sur la valeur de la toute propriété, le second sur la valeur de l'usufruit. Dans ce cas, le Trésor a été désintéressé par anticipation, et il n'est rien dû pour la réunion de l'usufruit à la nue-propriété, sauf le droit fixe de 4 fr. 50 et le droit de transcription de 1 fr. 50 0/0, s'il y a lieu.

Mais supposons qu'il n'y a pas eu paiement par avance, soit parce que la nue-propriété n'a été tarifée, concurremment avec l'usufruit, que sur la valeur réelle, c'est-à-dire sur la moitié de la toute propriété, soit parce que, le nu-propriétaire ayant acquitté les droits qui lui incombent, l'usufruit a échappé à toute perception.

Dans un cas comme dans l'autre, il n'y a pas eu paiement par anticipation, puisque la perception n'a été établie que sur la valeur de la pleine propriété, et non sur

une fois et demie cette valeur ainsi que le veut la loi. Que doit-on décider si l'usufruitier renonce à son droit ?

Ici les textes sont muets. Pour répondre à la question, il faut examiner si la renonciation opère une mutation, si, en d'autres termes, la convention, bien que qualifiée renonciation, contient en réalité une cession d'usufruit à titre onéreux ou à titre gratuit.

MM. Championnière et Rigaud ont contesté cette théorie. *L'usufruit n'est qu'une servitude*, disent les savants auteurs du *Traité des droits d'enregistrement* ; or, *nemini res sua servit jure servitutis, sed prodest jure domini*. On ne saurait dès lors concevoir une cession de son droit faite par un usufruitier au nu-propriétaire. Un tel acte n'est pas translatif, mais simplement extinctif du droit ; il ne peut donc donner lieu à l'impôt de mutation. Il y a bien à la vérité une transmission de jouissance ; mais les transmissions de cette espèce ne sont assujetties au droit proportionnel que lorsqu'elles s'effectuent au moyen de baux ou d'engagements d'immeubles.

Selon nous, cette doctrine ne doit pas être admise.

En effet, lors du démembrement de la propriété, quand l'usufruit a été créé, il s'est formé un droit réel distinct, indépendant, qui devait prendre fin pour certaines causes déterminées. Or, parmi ces causes, figure, il est vrai, la *consolidation*. L'art. 617 C. civ. porte : « *L'usufruit s'éteint... Par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire.* » Mais nous ne sommes pas ici en présence d'une cause réelle d'extinction d'usufruit.

Pour qu'il y ait consolidation dans la personne du nu-propriétaire, il faut, comme le dit l'art. 617, que l'usufruit se soit *réuni* à la nue-propriété sur sa tête : ce qui suppose que l'usufruit est *transmis* au nu-propriétaire, qu'il en fait l'acquisition ; l'extinction de l'usufruit est alors une conséquence de sa réunion à la nue-propriété.

Lorsqu'au contraire l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ou pour toute autre cause, le propriétaire reprend la jouissance de sa chose en vertu de son droit de propriété qui est désormais affranchi de la charge dont il était grevé, et non comme ayant-cause de l'usufruitier, à la différence de ce qui a lieu quand il fait l'acquisition de l'usufruit.

La vérité est que la consolidation n'est qu'un cas particulier de la confusion : c'est la confusion de la propriété et de la jouissance. Aussi la doctrine est-elle unanime pour décider d'une part que les hypothèques dont l'usufruitier aurait grevé son droit subsisteront et s'exerceront utilement après la consolidation, et d'autre part que, si le nu-propriétaire, après avoir acquis l'usufruit, vient à perdre la nue-propriété, par exemple par suite de résolution ou de révocation, son droit d'usufruit revivra et durera jusqu'au moment où il prendra fin par une cause naturelle ; il n'était donc pas véritablement éteint ; il n'était qu'assoupi. Il s'ensuit que l'art. 69 § 7 n° 1 devra recevoir son application dans cette hypothèse.

En droit civil, on distingue : 1° les renonciations *extinctives* et 2° les renonciations *translatives* de droits.

1° Il s'agit d'une renonciation *extinctive*. L'usufruitier abdique purement et simplement son droit ; il y renonce parce qu'il n'en veut plus. Sa renonciation a lieu sans le concours du nu-propriétaire auquel elle doit profiter ; en d'autres termes, elle est *unilatérale*. Une telle renonciation est assurément valable et n'est d'ailleurs assujettie à aucune condition particulière de forme (Cass. 23 janvier 1877, Sir., 79.1.444). Dans ce cas, il ne s'opère aucune mutation, car, pour qu'il y ait transfert d'un droit, le concours des volontés du cédant et du concessionnaire est indispensable, nul ne pouvant acquérir de droit sans sa volonté. Ce n'est donc pas comme ayant-cause de l'usu-

fruitier que le nu-propriétaire recueillera le droit abdiqué par celui-ci.

On objectera peut-être que le nu-propriétaire sera obligé de supporter, jusqu'à l'extinction de l'usufruit, les charges réelles dont l'usufruitier aurait grevé son droit. C'est vrai, mais pourquoi ? Parce que les tiers seraient lésés si la renonciation leur était opposable. Cela prouve tout simplement que cette renonciation n'a point un effet absolu.

Nous dirons donc que, dans le cas d'une renonciation purement *abdicative*, le droit de mutation ne sera pas dû ; le droit fixe des actes innommés (3 fr.) sera seul exigible, sauf à l'administration à prouver, le cas échéant, qu'il y a eu en réalité accord de volontés et à réclamer le droit de mutation.

Nous ajouterons que, les constructions constituant des immeubles par leur nature (art. 518 C. civ.), la renonciation unilatérale de l'usufruitier à son droit ne sera efficace à l'égard des tiers que par la transcription de l'acte qui la contient (art. 2-2^o et 3 de la loi du 23 mars 1855).

2^o L'usufruitier renonce à son droit, soit qu'il passe une convention à titre onéreux avec le nu-propriétaire, soit qu'il lui fasse donation de son droit. Nous sommes ici, non plus en présence d'une renonciation unilatérale au droit d'usufruit, mais bien d'une cession, d'une transmission de ce droit, et si la cession a lieu à titre gratuit, il faudra observer les formes solennelles de la donation ; en outre les règles de fond seront applicables.

Dans ce cas, le droit de transmission immobilière sera incontestablement exigible.

Enfin, quel droit faudra-t-il percevoir sur le jugement qui prononce la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance (art. 618 C. civ.) ?

Quelques auteurs ont vu dans cette décision un jugement portant résolution d'un contrat pour cause de nullité radicale et donnant par suite ouverture au droit fixe édicté par l'article 68 § 3 n° 7 de la loi de frimaire.

« Si les juges, dit M. Demante, usent de ce grand pouvoir de prononcer l'*extinction absolue* de l'usufruit, aucun droit proportionnel n'est encouru. S'ils ordonnent la rentrée du propriétaire sous certaines charges, le jugement équipolle à cession ; il encourt le droit de 5 fr. 50 0/0 sur les charges évaluées en capital. Généralement ce capital doit être formé de dix fois le montant annuel des charges. »

L'acte constitutif d'usufruit est, dit-on dans ce système, affecté d'une condition résolutoire tacite. L'usufruitier n'a la jouissance de la chose qu'à la condition de jouir en bon père de famille. L'article 618 C. civ. n'est donc qu'une application particulière du pacte commissaire tacite de l'article 1184.

A notre avis cette doctrine doit être rejetée.

En effet une nullité radicale suppose un acte entaché d'un vice inhérent à la constitution même du contrat et contemporain par conséquent de sa formation, un acte ne réunissant pas les conditions nécessaires à sa validité. Dans notre espèce au contraire, la déchéance est prononcée à raison d'un fait postérieur à la constitution d'usufruit.

En outre, la condition résolutoire n'est sous-entendue que dans les contrats synallagmatiques. Or, l'usufruit a rarement son origine dans un contrat ; le plus souvent, il est l'œuvre de la loi ou d'un testament.

Enfin, il n'y a pas réciprocité d'obligations entre les parties. L'usufruitier et le nu-propriétaire, considérés en ces seules qualités, ne se doivent rien. Le droit de propriété se trouvant simplement fractionné entre eux deux,

il y a désormais deux droits tout à faits indépendants l'un de l'autre, tous les deux portant directement sur la chose, et impliquant chacun pour toute obligation le respect de l'autre.

Nous pensons donc que l'article 618 n'est pas une application de l'article 1184. Selon nous, la déchéance prononcée contre l'usufruitier à la suite d'un abus de jouissance, déchéance qui a pour résultat la consolidation de l'usufruit et de la nue-propriété, est une pénalité civile, une peine personnelle. Or les pénalités n'atteignent pas les tiers. Il s'ensuit que les créanciers hypothécaires notamment conserveront leurs hypothèques jusqu'à l'extinction normale de l'usufruit, nonobstant la déchéance prononcée contre l'usufruitier.

Aussi appliquerons-nous dans l'espèce, non pas l'article 68 § 3 n° 7, mais l'article 69 § 7 n° 1 de la loi de frimaire, comme si une cession était intervenue de l'usufruitier au nu-propriétaire.

Ordinairement le tribunal dira que le nu-propriétaire paiera à l'usufruitier une somme déterminée. Nous pensons que le droit de 5 fr. 50 0/0 sera exigible sur cette somme.

Dans quels cas y aura-t-il lieu, lors de l'enregistrement, de percevoir, outre le droit de mutation, le droit proportionnel de transcription (Loi du 28 avril 1816, art. 54) ?

Le droit de transcription sera incontestablement exigible sur l'acte constitutif d'usufruit. Il devra aussi être perçu sur l'acte par lequel l'usufruitier cède son droit à un tiers. Ce sont là en effet des actes de nature à être transcrits.

Mais, lorsque l'usufruit prend fin naturellement, la transcription n'a point d'objet. Le nu-propriétaire n'a pas, dans ce cas, à purger les hypothèques dont l'usufruitier avait pu grever son droit, puisqu'elles se sont éteintes de plein droit en même temps que l'usufruit. Il n'y aurait

donc pas de cause à la perception du droit de 1 fr. 50 %.

Si l'usufruit s'éteint prématurément, par la renonciation de l'usufruitier à son droit, par la cession qu'il en fait au nu-propriétaire, par la déchéance prononcée à son endroit, il faut distinguer :

Première hypothèse. — Le droit de transcription a été perçu lors du démembrement de la propriété.

Supposons par exemple le cas d'une vente avec réserve d'usufruit par le vendeur. Lors de l'enregistrement du contrat, l'acquéreur de la nue-propriété a payé le droit à 5 fr. 50 % sur une fois et demie la valeur de la toute propriété (Loi de frimaire, art. 15, n° 6). Si plus tard le vendeur cède l'usufruit qu'il s'est réservé au nu-propriétaire ou à son ayant-cause, il ne sera rien dû, sauf le droit fixe de 4 fr. 50 (L. de frim., art. 68 § 1^{er} n° 1). Le droit proportionnel de 1 fr. 50 % ne saurait en effet être perçu une seconde fois et le droit fixe de 1 franc sera seul exigible lors de la transcription de la cession à la conservation des hypothèques (Loi du 28 avril 1816, art. 61).

Deuxième hypothèse. — Lors du démembrement de la propriété, le droit de mutation a été seul perçu.

C'est ce qui arrive par exemple dans le cas où une personne est décédée après avoir légué la nue-propriété de ses biens à *Primus* et l'usufruit des mêmes biens à *Secundus*. *Primus* a bien acquitté le droit de mutation par décès sur la valeur de la toute propriété des biens par lui recueillis et *Secundus* sur la valeur de l'usufruit, mais ni l'un ni l'autre n'a payé le droit de transcription. Si plus tard *Secundus* cède son usufruit à *Primus*, le droit de transcription à 1 fr. 50 0/0 sera dû, outre le droit fixe de 4 fr. 50.

Troisième hypothèse. — Enfin lorsque, les droits applicables à la transmission de l'usufruit n'ayant pas été perçus par anticipation, l'usufruitier renonce à son droit au profit du nu-propriétaire, une distinction s'impose :

La renonciation est-elle *translative*, le droit de transcription sera exigible.

Si elle est purement *abdicative*, unilatérale, si en d'autres termes elle n'a pas été acceptée par le nu-propriétaire, le droit de transcription ne sera plus exigible que l'impôt de mutation. En effet, l'acte n'est pas de nature à être transcrit, puisqu'il n'y a pas eu concours de volontés ; en outre, le nu-propriétaire ne peut purger, car cette faculté semble n'appartenir qu'à ceux qui ont *acquis* en vertu d'un acte translatif un droit grevé d'hypothèques.

La renonciation purement abdicative n'est donc pas un acte de nature à être transcrit. Mais, ainsi que nous l'avons observé, elle ne deviendra opposable aux tiers que par la transcription de l'acte la contenant (loi du 23 mars 1855, art. 2-2^o et art. 3). Lorsque cette formalité sera effectuée au bureau des hypothèques, le conservateur ne pourra pas percevoir le droit proportionnel de 1 fr. 50 0/0 qui n'est exigible que sur les *contrats* ; le seul droit dû sera celui de 1 fr. (art. 12 de la loi précitée).

Quatrième hypothèse. — Le droit de transcription devra être perçu, indépendamment du droit de mutation, sur le jugement qui prononce la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance (art. 618 C. C.), et cela par application de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816.

§ 2. — Transmissions à titre gratuit.

1^o LE PRENEUR EST PROPRIÉTAIRE.

S'il décède après avoir légué la nue-propriété de ses biens à une personne et l'usufruit à une autre, le légataire

en usufruit devra acquitter un droit de mutation dont le taux variera selon son degré de parenté avec le testateur. Comme il s'agit ici d'un usufruit temporaire, l'impôt sera calculé sur le revenu des constructions, qui seules étaient la propriété du défunt, revenu qu'on multipliera par le nombre des années du bail restant à courir au moment du décès, sans que le multiplicateur puisse excéder dix (Cass., 24 novembre 1869).

Au cas où les constructions auraient été établies sur un domaine rural, une ferme par exemple, et constitueraient ainsi des immeubles *ruraux*, au sens de l'art. 2 de la loi du 21 juin 1875, c'est-à-dire des immeubles dont la destination principale est l'exploitation agricole; il y aurait lieu, pour déterminer la valeur imposable de l'usufruit temporaire transmis par le décès du preneur, d'ajouter au produit du revenu multiplié par le nombre d'années pendant lesquelles l'usufruit est constitué, si ce nombre est inférieur à dix, un quart de ce produit pour tenir compte du rehaussement édicté, en ce qui concerne les immeubles ruraux, par le texte précité.

Supposons par exemple que l'usufruit légué par le preneur soit limité à huit années; sa valeur imposable doit être égale aux $\frac{8}{10}$ de celle d'un usufruit pur et simple, c'est-à-dire en ce qui concerne les immeubles ruraux, aux $\frac{8}{10}$ du capital obtenu en multipliant par 12 fr. 50 le revenu déclaré.

2^e LE BAILLEUR EST PROPRIÉTAIRE.

La valeur de l'usufruit qu'il aura légué sera déterminée, pour la perception du droit de mutation, par un capital formé de dix fois ou de douze fois et demie le revenu

des biens transmis. D'ailleurs, dans ce cas, l'impôt de mutation sera exigible non-seulement sur la valeur des constructions, mais encore sur celle du sol ; il sera donc liquidé en prenant pour base le prix des baux et la valeur des constructions répartie sur toute la durée du bail.

Les règles que nous venons de poser à propos des mutations par décès sont en principe applicables aux transmissions d'usufruit à titre gratuit.

DES TRANSMISSIONS DE JOUISSANCE.

Supposons le preneur propriétaire des constructions qu'il a établies sur le fonds loué ; il a certainement la faculté d'en transmettre la jouissance, ou de les engager, c'est-à-dire de les donner en antichrèse.

On distingue, pour la perception, les baux à *durée illimitée* et les baux à *durée limitée*. Les premiers donnent ouverture au droit de 4 0/0 (L. de frim. art. 69 § 7 n° 2) ; les seconds ne sont au contraire passibles que du droit de 0 fr. 20 0/0 (Loi du 16 juin 1824 art. 1^{er}).

Il importe donc de ne pas confondre ces deux espèces de baux. Mais quel est le criterium qui permettra de les distinguer ?

La question est discutée en doctrine et, dans la pratique, il est parfois difficile de reconnaître si une convention constitue un bail à temps ou un bail à durée illimitée.

A notre avis, un bail doit être considéré comme étant fait pour une durée limitée lorsqu'il sera possible de fixer dès l'origine le terme de cette durée. Ainsi je vous loue un appartement jusqu'à la majorité de mon fils ; bien qu'il ne soit pas certain que mon fils atteindra sa majorité, on peut cependant faire le calcul des années à courir jusqu'à cette époque ; le bail aura pour durée le nombre de ces années.

Quant au bail à *vie*, c'est-à-dire au bail qui doit prendre fin avec la vie d'une personne déterminée, bailleur, preneur, ou un tiers, il est assujetti, comme les baux à durée illimitée, au droit de 4 0/0 (Loi de frim. art. 69 § 7 n° 2). Il peut d'ailleurs être consenti pour la vie de plusieurs personnes nées ou au moins conçues lors du contrat.

Peu importe, dans ce cas, le nombre de têtes ; la durée du bail n'excèdera pas les limites d'une génération.

Le droit de 0 fr. 20 0/0 sera exigible toutes les fois que le receveur se trouvera en présence d'un bail ordinaire ; mais comment pourra-t-il discerner si la convention qu'on lui présente constitue une location ou un autre contrat assujetti à un droit différent ?

Il devra examiner si tous les caractères du bail s'y rencontrent.

Or, de même que pour la vente, il faut la réunion de trois éléments essentiels pour qu'il y ait bail :

Le consentement des parties ;

Une chose qui puisse former et forme le contrat ;

Enfin un loyer ou un fermage.

En principe le contrat doit satisfaire à ces conditions requises par le droit civil, pour être assujetti aux lois fiscales relatives au bail.

1^o *Consentement*. — Le droit proportionnel n'est pas dû tant que l'accord des parties ne s'est pas réalisé sur la chose et le prix, en d'autres termes, tant que le bail n'est encore qu'à l'état de projet ; l'exécution du projet rendra le droit exigible.

2^o *Chose formant l'objet du contrat*. — Pour qu'il y ait bail, il faut que la chose dont le locateur s'oblige à faire jouir le preneur soit suffisamment déterminée.

Le bail peut avoir pour objet une chose future ; ainsi le locataire d'un terrain pourrait louer la maison qu'il construira sur le fonds affermé par lui ; mais, dans cette hypothèse, le droit proportionnel ne serait pas exigible, car le bail est soumis à une condition suspensive, celle de l'établissement de la construction, et il est de principe que le droit proportionnel ne peut être perçu *pendente conditione*.

3^o *Prix*. — Enfin, pour qu'il y ait bail, il faut qu'il y ait un loyer déterminé ou au moins déterminable.

Comme dans la vente, le prix doit être sérieux, c'est-à-dire convenu avec intention qu'il pourra être exigé. Ainsi il n'est pas sérieux lorsque, par le bail même, le locateur en fait remise au preneur ; ce n'est plus alors un contrat de louage, puisqu'il n'y a point d'obligation de la part du preneur de payer le prix : c'est un prêt à usage ou une donation.

D'ailleurs, le receveur n'a pas à se préoccuper de la question de savoir si l'acte qu'on lui présente et qui est revêtu de toutes les formes extérieures propres à constater un bail est valable, ou peut au contraire être annulé à raison des vices ou des causes de nullité qu'il renferme. Nous savons en effet que la nullité même la plus radicale ne met pas obstacle à la perception des droits.

Le droit de bail, en tant qu'il s'applique à des immeubles, comme le sont les constructions (art. 518 C. c.), est-il un droit d'acte ou un droit de mutation ?

Jusqu'en 1871 l'administration, adoptant les règles posées par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts (V. Req. 13 brumaire an XIV—12, 17, 24, 26 juin et 3 décembre 1811, Civ. rej. 12 juin 1811 — Inst. Gén. 555 et 577), admit que le droit de bail n'est qu'un droit d'acte ; en conséquence, la jouissance à titre de location ne donnait ouverture à l'impôt que lorsqu'elle était constatée par écrit ; les locations verbales en étaient donc exemptes.

Ces dispositions ont été profondément modifiées par l'article 11 de la loi du 23 août 1871 qui porte (al. 1^{er}) : « *Lorsqu'il n'existe pas de conventions écrites constatant une mutation de jouissance de biens immeubles, il y est suppléé par des déclarations détaillées et estimatives dans les trois mois de l'entrée en jouissance.* »

Ainsi aujourd'hui toutes les mutations de jouissance d'immeubles sont en principe soumises à la formalité de

l'enregistrement dans un délai déterminé ; la loi de 1871 impose l'obligation de les déclarer quand elles n'ont pas été constatées par écrit. Il s'ensuit que le droit de bail est un droit de mutation.

La loi du 23 août 1871 est incontestablement applicable à tous les baux d'immeubles, c'est-à-dire aux transmissions de jouissance consenties moyennant un prix ; en est-il de même des locations à titre gratuit ?

L'administration soutient l'affirmative. Selon elle, l'article 11 de la loi précitée renferme deux dispositions : l'une générale, l'autre spéciale.

La première soumet à une déclaration obligatoire toutes les mutations de jouissance d'immeubles, à quelque titre qu'elles s'effectuent.

La seconde règle l'exécution de la précédente, en ce qui concerne particulièrement les baux et locations, c'est-à-dire les mutations de jouissance à titre onéreux.

On ajoute dans ce système que, s'il en était autrement, les contribuables auraient un moyen facile d'éluder les dispositions de la loi du 23 août 1871.

Cette doctrine, qui est approuvée par le Dictionnaire de l'Enregistrement (V^o Bail n^o 363), par le Répertoire Général (N^o 2619), a été consacrée par plusieurs tribunaux (Nancy, 20 mai 1884, Rép. pér. 6461, J. E. 22535, Cherbourg, 15 février 1888, Rép. pér. 7054).

Dans une autre opinion professée par MM. Naquet (Traité des droits d'enregistrement, t. I, n^o 508) et Demante (Explication de la loi de 1871, n^o 86) et adoptée par le tribunal de la Seine (jug. du 30 nov. 1888), le premier alinéa de l'art. 11 précité ne peut être envisagé isolément. Le sens en est délimité par les dispositions qui le suivent, et il en résulte de ce rapprochement que le législateur n'a voulu atteindre que les mutations de jouissance à titre onéreux (V. Tarbes, 27 janvier 1893, J. E. 24170).

Ce système nous paraît plus conforme que le premier à la pensée des rédacteurs de la loi de 1871. Selon nous, l'article 11 ne vise que les locations consenties moyennant un prix.

Lorsque le bail est constaté par un acte notarié, il faut appliquer à cet acte les dispositions des articles 20 et 33 de la loi de frimaire. S'il est fait par acte sous signature privée, il devra être soumis à la formalité de l'enregistrement dans les trois mois de sa date. Il est d'ailleurs admis que c'est la date de l'acte qui fixe le point de départ du délai de l'enregistrement (arg. art. 22 de la loi de frim.), alors même que cette date n'aurait pas été rendue certaine par la mort de l'une des parties ou par la mention de la substance du bail dans un acte authentique (art. 1328 C. C.).

Quant aux locations verbales, elles doivent être déclarées dans les trois mois de l'entrée en jouissance du preneur. Il s'agit d'ailleurs ici de l'entrée en jouissance de droit, telle qu'elle résulte de la loi ou des stipulations des parties, et non de l'entrée en jouissance de fait qui est souvent retardée.

Le jour *a quo* est compris dans le délai de trois mois fixé par l'article 11.

Il ne suffisait pas d'avoir décidé que les locations verbales seraient à l'avenir soumises à la déclaration et que l'omission de cette déclaration serait punie d'un droit en sus au minimum de 50 francs (lois du 23 août 1871, art. 14 et du 28 février 1872, art. 6) ; il fallait encore donner à l'Administration les moyens de prouver l'existence des baux non déclarés. Quels sont ces moyens ?

Ils sont indiqués dans l'art. 13 de la loi de frimaire ainsi conçu : « *La jouissance à titre de ferme, ou de location, ou d'engagement d'un immeuble, sera suffisamment établie, pour la demande et la poursuite des*

droits de baux ou engagements non enregistrés, par les actes qui la feront connaître ou par des paiements de contributions imposées aux fermiers, locataires ou détenteurs temporaires. » Ce texte, dont les principes ont été remis en vigueur par les dispositions de la loi de 1871 relatives aux baux (V. Inst. gén. 2413 § 5 n° 1^{er}), établit donc des présomptions qui permettent à l'administration de l'enregistrement d'établir l'existence d'un bail.

Les preuves autorisées par notre article se divisent en deux catégories bien distinctes : ce sont d'abord tous les actes, quelle qu'en soit la nature, démontrant clairement l'existence d'un bail. Ainsi l'énonciation d'un bail sous-seing privé dans un inventaire, un contrat de mariage, un acte de société, dans les qualités d'un jugement, sera suffisante pour autoriser la demande du droit proportionnel, sans préjudice des droits en sus, le cas échéant, et cela encore bien que le bail soit expiré ou qu'il ne soit pas accompagné de la jouissance réelle (V. Civ. rej. 6 mars 1822. — 18 mai 1847. — Seine, 18 août 1852. — Inst. Gén. 1796 § 4).

La présomption que la location a été constatée par écrit peut résulter aussi de certaines circonstances, telles que l'importance de la location, sa longue durée, qu'il appartiendra aux tribunaux d'apprécier en cas de contestation (V. Req. 15 ventôse an XIV ; 28 juillet 1869 ; 11 janvier 1870. — Inst. gén. 2401, § 4 ; 2421, § 5).

Nous observerons cependant qu'en toute hypothèse il faut que l'acte ou la mention de l'acte soit opposable au débiteur, c'est-à-dire qu'elle émane de lui ou de ses ayants-droit. Si large en effet que soit le pouvoir d'appréciation laissé au juge par la formule un peu vague de la loi, on ne saurait admettre, en principe, qu'une personne soit liée par une déclaration à laquelle elle est demeurée étrangère.

La location verbale résulte en second lieu, d'après notre article 13, des paiements de contributions imposées aux fermiers, locataires et détenteurs temporaires.

Il faut ici, comme en matière de mutation de propriété ou d'usufruit de biens immeubles (art. 12), la réunion des deux conditions suivantes : 1^o l'imposition du fermier au rôle des contributions ; 2^o le paiement effectué par lui de ces contributions. Une des deux ne suffirait pas à elle seule pour permettre à l'Administration de réclamer le droit de bail.

Il est d'ailleurs sans difficulté que la preuve contraire est réservée aux parties, ainsi que nous l'établirons au chapitre : *Des mutations secrètes.*

Le droit proportionnel est perçu sur le montant cumulé du loyer de toutes les années, en y ajoutant les charges accessoires.

« En cas de *déclaration insuffisante*, porte l'art. 11 § 3 de la loi du 23 août 1871, il sera fait application des articles 19 et 39 de loi du 22 frimaire an VII. »

Ces dispositions se résument dans le paiement d'un droit en sus, outre le droit simple complémentaire et calculé sur le chiffre de l'insuffisance constatée ou reconnue.

Quant à la *dissimulation*, c'est-à-dire à cette fraude qui, en matière de bail, consiste en ce que le prix énoncé dans l'acte ou la déclaration est inférieur au prix réellement stipulé entre les parties, elle est restée en dehors des prévisions de la loi de 1871 dont les articles 12 et 13 ne visent que la dissimulation « *dans le prix d'une vente et dans la soulte d'un échange ou d'un partage.* »

Si donc la dissimulation ne résulte pas d'une contre-lettre parvenue régulièrement entre les mains de l'Administration, auquel cas l'art. 40 § 2 de la loi de frimaire

serait applicable, la Régie ne pourra que provoquer une expertise pour faire constater la véritable valeur locative des immeubles loués.

Les baux à durée illimitée donnent ouverture au droit de 4 0/0 qui doit être liquidé sur un capital formé de vingt fois le prix et les charges dont le preneur peut être tenu.

Ces baux, de même que les baux à vie, tombent sous l'application de la loi du 23 août 1871, mais ne profitent pas de la faculté de fractionnement par périodes triennales accordée aux baux à durée limitée.

Les contrats traités au point de vue fiscal comme les baux, c'est-à-dire les sous-baux, cessions et subrogations de baux (loi de frim. art. 69 § 3 n° 2), sont soumis aux mêmes droits que les baux, bien que la loi du 16 juin 1824 n'en parle pas.

Que faut-il entendre par les « *rétrocessions de baux* » dont il est question dans l'article 69 § 3 n° 2 de la loi de frimaire ?

L'expression *rétrocession* est toujours employée par la loi fiscale pour désigner les contrats qui font rentrer un objet entre les mains de son ancien propriétaire (v. notamment les art. 69 § 5 n° 1 et 69 § 7 n° 1 de la loi de frim.); elle doit donc avoir la même signification dans notre texte; on ne verrait en effet aucune raison pour que ce mot eût en notre matière un sens différent.

La *rétrocession* d'un bail est donc une convention par laquelle le preneur cède son droit de jouissance à son bailleur; en un mot, c'est la résiliation du bail; elle est assujettie au droit de 0 fr. 20 0/0 qui devrait être liquidé sur les années restant à courir (art. 69 § 3 n° 2 de la loi de frim.); mais l'administration admet que le droit fixe est seul exigible, lorsque le droit proportionnel n'est pas inférieur (sol. 2 juillet 1876. — Rép. pér. 4554); cette décision est toute de faveur.

Si l'acte de résiliation du bail contient une clause portant fixation d'une indemnité à la charge du bailleur, cette clause constitue une disposition indépendante passible du droit de 0 fr. 50 0/0 (sol. 28 oct. 1890. — J. E. 23711).

Lorsque la résolution d'un bail a pour cause une nullité radicale, le jugement qui la prononce ne donne ouverture qu'au droit fixe (art. 69 § 3 n° 7 de la loi de frim.). Il en est de même en cas de résiliation pure et simple faite par acte authentique dans les 24 heures du bail (art. 68 § 1^{er} n° 40 même loi).

Propriétaire, le preneur peut remettre à son créancier, pour garantie de sa dette, les constructions qu'il a élevées. A quel droit cette convention donnera-t-elle ouverture ?

L'article 69 § 5 de la loi de frimaire tarife au droit de 2 0/0 « *les engagements de biens immeubles.* » Par cette expression, spéciale à la loi fiscale et que le Code civil n'emploie nulle part, il faut entendre l'antichrèse dont s'occupent les articles 2085 et suivants C. c.

L'antichrèse n'est point translatrice de propriété immobilière ; mais, pour rendre son droit opposable aux tiers, le créancier doit faire transcrire le titre qui constate l'existence du contrat d'antichrèse (l. du 23 mars 1855 art. 2 et 3). Le droit fixe de 1 fr. est seul exigible lors de la transcription, conformément à l'article 12 de la loi précitée (sol. du 22 juillet 1885).

La question de savoir quelle est la nature du droit que le contrat d'antichrèse confère à l'antichrésiste a donné lieu à de vives controverses ; mais elle importe peu au point de vue fiscal.

L'antichrèse est un contrat réel, c'est-à-dire qu'elle n'acquiert sa perfection que par la mise en possession du créancier. Si donc un débiteur délègue à son créancier les revenus d'un immeuble, sa créance contre un fermier,

on se trouvera en présence d'une délégation de créance, et non d'un contrat d'antichrèse.

Aux termes de l'article 2085 du Code civil, « l'antichrèse ne s'établit que par écrit. » Lorsque l'acte qui la constate est fait sous signature privée, il doit être enregistré dans les trois mois de sa date (art. 22, loi de frim.).

L'antichrèse est un contrat accessoire, un mode particulier de garantie. Supposons qu'elle soit contenue dans l'acte même qui constate l'obligation. Cet acte donnera-t-il ouverture à deux droits : 1^o au droit de 1 0/0 pour obligation ; 2^o au droit de 2 0/0 pour antichrèse ? Assurément non. L'antichrèse n'est qu'une disposition dépendante de l'obligation ; elle se confond avec elle.

Mais quel droit faut-il percevoir ? Celui de 1 0/0 ou celui de 2 0/0 ?

L'administration soutient qu'il faut percevoir le droit de 2 0/0 parce qu'il est le plus élevé (v. sol. 27 février 1822).

Nous répondrons que l'antichrèse ne joue dans la convention qu'un rôle accessoire ; la disposition principale du contrat est l'obligation et l'antichrèse n'est concédée que pour en assurer l'exécution ; c'est donc le droit de 1 0/0 qui est exigible.

Notre décision serait toute différente si un tiers intervenait à l'acte pour donner cette garantie au créancier ; il y a, dans ce cas, deux dispositions indépendantes pour chacune desquelles il est dû un droit particulier (art. 11 de la loi de frim.).

Le droit des engagements d'immeubles se liquide sur les prix et sommes pour lesquels ils sont faits (l. de frim. art. 15 — 5^o).

Il s'ensuit que, dans le cas où c'est le montant de la créance qui forme l'objet du contrat d'antichrèse, le droit devra être liquidé sur le capital, sans qu'il puisse cepen-

dant excéder la valeur de l'immeuble engagé (déc. min. fin. 3 nov. 1820). Cette décision est du reste toute de faveur.

Si au contraire l'antichrèse n'a pour objet que la sûreté des intérêts, le droit ne devra être perçu que sur ces derniers, quoi qu'il soit stipulé que le créancier restera nanti jusqu'à complète libération du débiteur.

Le droit sera dû sur le capital et les intérêts si l'antichrèse a été consentie pour garantie du paiement de ces deux créances distinctes ; il faut alors, pour liquider le droit, additionner le capital et les intérêts cumulés jusqu'à l'époque d'exigibilité.

DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE.

Ainsi que nous l'avons vu dans la deuxième partie de notre travail, la question de savoir si l'emphytéose constitue un droit réel immobilier dans notre législation actuelle est vivement controversée.

Selon nous, l'emphytéose n'est plus, sous l'empire du Code civil, qu'un bail à long terme régi de tous points par les principes du contrat de louage et ne conférant au preneur, comme les baux ordinaires, qu'un droit simplement personnel de jouissance.

Mais la jurisprudence et la majorité des auteurs admettent au contraire que l'emphytéote a un droit réel immobilier susceptible d'hypothèque.

Appliquant ce système, la Cour de cassation a décidé que le bail emphytéotique donne ouverture au droit de 5 fr. 50 0/0 (Cass. 1^{er} août 1840, Sir., 40, 1, 432. — 18 mai 1847, Sir., 47, 1, 638).

Quant à la liquidation du droit, elle ne présente aucune difficulté pour ceux qui, comme nous, considèrent le bail emphytéotique comme un contrat de location ordinaire ; on n'a qu'à lui faire l'application des règles spéciales aux baux.

Mais, dès l'instant où la jurisprudence, envisageant l'emphytéose comme impliquant transmission de propriété, l'a soumise au droit proportionnel établi sur les mutations ordinaires d'immeubles, on s'est trouvé sans règles légales, sans principes, pour asseoir la perception.

Aussi de nombreux systèmes ont-ils surgi. Nous ne nous arrêterons pas à les exposer et à les discuter. Ils sont tous plus ou moins arbitraires et manquent de précision juridique.

A notre avis, l'art 16 de la loi du 22 frimaire an VII offre, dans l'espèce, un moyen certain et légal pour la liquidation du droit.

En effet, dans les contrats translatifs de droits réels immobiliers à titre onéreux, comme l'est le bail emphytéotique d'après la jurisprudence, le capital imposable est déterminé par le prix exprimé, en y ajoutant toutes les charges en capital (Loi de frimaire art. 15-6°). Or ici le prix n'est pas exprimé ; dès lors n'est-ce pas le cas d'appliquer l'art. 16 précité, aux termes duquel les parties sont tenues de faire la déclaration estimative des biens non évalués dans le contrat qu'elles ont passé ?

Sur quelles bases se fera cette déclaration estimative de la valeur ou du prix en capital du domaine *utile* transmis à l'emphytéote ? Il faudra évaluer la redevance annuelle et ajouter au capital sur lequel sera perçu le droit toutes les charges qui font partie ou sont réputées faire partie du prix, telles que notamment les constructions dont l'édification a été imposée à l'emphytéote.

En cas de vente, on appliquera le mode de liquidation établi pour les transmissions d'immeubles, c'est-à-dire qu'on ajoutera, pour l'assiette de l'impôt, les charges au prix principal. Les charges comprendront ordinairement l'obligation de servir la redevance annuelle et d'exécuter les clauses du bail qui ne l'ont pas encore été, telles que les constructions.

Quant aux bâtiments élevés par l'emphytéote et incorporés au fonds, on a évidemment tenu compte de leur valeur dans la fixation du prix qu'elle a augmenté.

Si un immeuble a été donné à bail emphytéotique et que plus tard le preneur retrocède son droit au bailleur, l'impôt devra être également perçu sur le prix stipulé par l'emphytéote en y ajoutant les charges. Parmi celles-ci il faut mentionner les prestations encores dues et dont le

preneur est libéré. Quant aux charges déjà exécutées et formant des améliorations incorporées à l'immeuble, telles que les constructions, leur importance est comprise dans le prix principal de la rétrocession.

Enfin il résulte d'une solution rendue par l'Administration le 14 septembre 1882 (J. E. 22173) que la valeur imposable d'une jouissance emphytéotique transmise à titre gratuit doit, pour la perception du droit de mutation, être déterminée par la déclaration estimative des parties, sauf à l'Administration à soumettre cette évaluation au contrôle qui lui est réservé par la loi.

Comment arrivera-t-on à distinguer l'emphytéose du bail ordinaire ? Il n'y a pas de criterium absolu, et il sera souvent difficile de décider si une telle convention constitue un simple louage à longues années ou une emphytéose, car, à l'exception du droit d'aliéner et d'hypothéquer qui est spécial au bail emphytéotique, toutes les clauses du contrat de louage ordinaire peuvent se trouver dans l'emphytéose et réciproquement.

La qualification que les parties ont donnée à une opération importe peu et ne doit constituer qu'un élément tout à fait secondaire d'appréciation pour déterminer, en cas de doute, la véritable nature d'un contrat. Ce qu'il faut avant tout considérer, au point de vue de la perception des droits, c'est la nature même des conventions arrêtées entre les contractants et leurs conséquences juridiques : *contractus non ex nomine sed ex re legem accipiunt*.

D'après la Cour de cassation, l'emphytéose se manifeste par la longue durée de la jouissance, le droit de disposer d'une manière presque absolue de l'immeuble concédé, la modicité de la redevance, et l'obligation par l'emphytéote de supporter les dépenses que peuvent entraîner les améliorations qui ont été prévues (Cass. 24 août 1857. J. E. 16610. — S. 57, 1, 854. — P. 1858 p. 476).

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES PAR L'USUFRUITIER.

Nous avons vu que, suivant une opinion consacrée par la jurisprudence, l'usufruitier ou ses représentants ne peuvent rien réclamer des constructions ou travaux quelconques par lui faits sur le fonds soumis à l'usufruit. D'après ce système, le nu-propiétaire aurait le droit de les conserver pour lui sans être tenu d'indemniser l'usufruitier.

Nous avons admis la doctrine contraire (Chap. V de la deuxième partie de notre étude).

La solution de cette question est d'ailleurs sans influence sur la perception des droits auxquels donnent ouverture les mutations entre-vifs des bâtiments edifiés par l'usufruitier.

L'usufruitier est propriétaire des constructions par lui établies sur le fonds grevé de l'usufruit, puisqu'il a le droit de les transformer, de les détruire et par conséquent d'en disposer.

Dès lors tout acte d'aliénation consenti par lui durant sa jouissance devra être assujetti au droit qui frappe les transmissions immobilières, à moins que l'obligation de démolir ne soit imposée à l'acquéreur. Il importerait peu que la cession fût consentie au profit du nu-propiétaire ; la propriété des constructions est en effet transmise puisque l'usufruitier n'a plus sur elles les droits qu'il avait antérieurement, notamment celui de modifier à son gré, de supprimer les bâtiments.

L'usufruitier a, pendant la durée de l'usufruit, la pleine propriété des édifices qu'il a élevés ; d'autre part ces cons-

tructions sont entre ses mains immeubles par leur nature (arg. art. 518 C. C.) ; il en résulte que les droits auxquels sont assujetties les aliénations à titre onéreux ou à titre gratuit qu'il en consent doivent être liquidés et perçus au taux immobilier, comme nous l'avons dit, soit sur le prix augmenté des charges s'il s'agit d'une vente, soit, s'il fait une donation par acte entre-vifs, sur dix fois le revenu des constructions transmises ou sur le nombre d'années restant à courir, sans toutefois qu'elles puissent excéder dix, si l'usufruit est constitué pour un nombre d'années déterminé.

Au cas du décès de l'usufruitier, si l'on admet que le nu-propiétaire n'est tenu de lui payer aucune indemnité à raison des ouvrages qu'il a faits sur le fonds grevé d'usufruit, il ne sera rien dû à leur occasion.

Si au contraire l'usufruitier a, comme nous le pensons, la faculté d'enlever ses travaux, à moins qu'il ne consente à les laisser sur le sol moyennant indemnité, le droit de mutation sera exigible soit sur cette indemnité, soit sur la valeur des matériaux.

Le décès du nu-propiétaire pendant la durée de l'usufruit ne donne d'ailleurs lieu au droit de mutation que sur la valeur du terrain, abstraction faite des constructions élevées par l'usufruitier.

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES PAR UN COPROPRIÉTAIRE.

Lorsqu'un communiste a élevé des constructions nouvelles sur la chose commune, ces bâtiments incorporés dans le sol en sont devenus une partie intégrante.

De là il résulte que, si l'un des copropriétaires cède sa part à l'autre, cette transmission sera passible des droits de mutation immobilière sur la valeur entière de l'immeuble au moment de la cession ; les constructions alors existantes font certainement partie de cette valeur.

Ces principes ont été consacrés par un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1837 (J. E. 11832. — S. 37, 1, 698. — Inst. 1630 § 8), d'après lequel les constructions édifiées sur un immeuble indivis appartiennent à tous les copropriétaires et, si l'un d'eux devient adjudicataire de la part des autres, le droit de mutation immobilière est dû sur la part de ceux-ci dans la totalité de l'immeuble, encore bien qu'il soit déclaré, mais sans preuve, que les constructions ont été élevées par l'acquéreur seul.

Toutefois l'Administration admet les parties à faire la preuve contraire autorisée par l'art. 553 C. c. et à établir, par des pièces et documents écrits, que les bâtiments ont été établis pour le compte et aux frais de l'acquéreur ou du tiers désigné dans l'acte de vente (Inst. 1630 § 8).

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES PAR UN PROPRIÉTAIRE SOUS CONDITION RÉSOLUTOIRE.

Nous avons vu dans notre étude de droit civil (Chapitre II de la partie spéciale) que celui à qui la propriété fait retour peut exiger la suppression des ouvrages exécutés dans l'intervalle qui s'est écoulé entre le contrat et la réalisation de la condition.

Mais nous avons vu aussi que cette règle n'est point absolue et souffre des exceptions.

En général, le jugement ou les parties, suivant que la résolution sera judiciaire ou conventionnelle, décideront du sort des constructions.

Si le constructeur dont le titre est résolu est tenu de les enlever, il n'y aura pas, pour la perception, à se préoccuper de l'existence des bâtiments.

Mais, si les édifices doivent être maintenus sur le sol qui les porte, le droit proportionnel devra être perçu tant sur la valeur du terrain que sur celle des constructions élevées par le propriétaire évincé.

En effet la résolution, lorsqu'elle donne ouverture à la perception du droit proportionnel, est considérée par la loi fiscale comme une revente. Or, la nouvelle mutation comprend à la fois le sol et les bâtiments. Il s'ensuit que le droit de rétrocession doit être liquidé sur tout le prix que le propriétaire évincé doit recevoir.

Lorsque la résolution ne donne pas lieu à la perception du droit proportionnel, la somme que doit payer le propriétaire originaire à celui dont le titre est résolu pour les constructions par lui élevées durant sa propriété inté-

rimaire n'est pas un prix de vente, mais une indemnité, nul ne devant s'enrichir aux dépens d'autrui. Le droit de 0 fr. 50 0/0 édicté par l'art. 68 § 2 n° 8 de la loi de frimaire est seul dû dans cette hypothèse.

Nous avons observé (Chap. II de la 2^e partie de notre travail) qu'aux termes de l'art. 1673 C. civ. l'acquéreur à réméré qui a édifié des constructions nouvelles n'a pas le droit de réclamer, lors de l'exercice du retrait, le remboursement de ses impenses, pas même à concurrence de la plus-value procurée au sol par les bâtiments ajoutés.

Mais, si le vendeur qui exerce le retrait dans le délai consent à garder les constructions établies par l'acheteur, au lieu de le contraindre à les enlever comme il en a la faculté, le droit à 0 fr. 50 0/0 sera exigible sur l'indemnité qu'il paiera à l'acquéreur.

DE L'INSUFFISANCE ET DE LA DIMINUTION DU PRIX.

Le droit proportionnel auquel est assujetti tout acte translatif de la propriété ou de l'usufruit de biens immeubles à titre onéreux est assis sur le prix exprimé dans l'acte et considéré par le législateur comme l'expression de la valeur imposable du contrat, en y ajoutant le capital des charges (Loi du 22 frim. an VII, art. 15 n° 6).

On entend ici par *charges* toutes les obligations imposées à l'acquéreur, tous les avantages indirects que l'acheteur procure au vendeur, en d'autres termes ce qui constitue une dette, une obligation incombant au propriétaire et que l'acquéreur paie ou s'engage à payer en son lieu et place (Cass., 9 avril 1862. — S. 62, 1, 538. — Rép. pér., n° 1617).

Mais la base légale du droit de mutation ne consiste pas seulement dans le prix exprimé et augmenté des charges; il comprend encore la valeur réelle de l'immeuble transmis, lorsque cette valeur est supérieure aux sommes indiquées dans le contrat.

Il s'ensuit que, dans le cas où l'Administration estime que le prix énoncé en l'acte est inférieur à la valeur vénale de l'immeuble à l'époque de l'aliénation, elle peut tenter une expertise dans le délai et de la manière indiqués dans les art. 17 et 18 de la loi de frimaire.

De même, l'art. 19 de la même loi porte : *« Il y aura également lieu à requérir l'expertise des revenus des immeubles transmis en propriété ou usufruit...., lorsque l'insuffisance dans l'évaluation ne pourra être établie par des actes qui puissent faire connaître le véritable revenu des biens. »*

Les constructions élevées par le preneur sur le fonds loué étant des immeubles par leur nature (art. 518 C. c.) sont susceptibles d'être expertisées comme tout autre objet immobilier.

Quant à la *dissimulation de prix*, c'est-à-dire à cette fraude qui consiste à altérer la sincérité du prix réel de la transmission afin d'en soustraire une partie à l'impôt, elle est l'objet de règles spéciales.

La dissimulation peut être commise au moyen d'une contre-lettre ou d'une convention verbale ; ou bien encore l'acquéreur paie comptant au vendeur une somme supérieure à celle exprimée dans l'acte.

Quels moyens la loi a-t-elle donnés à l'Administration pour établir les dissimulations ? Quelles pénalités sont encourues par les parties lorsque la preuve en est faite ?

La loi de frimaire n'atteignait, par son article 40, que les contre-lettres. Cet article est ainsi conçu :

« Toute contre-lettre faite sous signature privée, qui aurait pour objet une augmentation de prix stipulé dans un acte public, ou dans un acte sous signature privée précédemment enregistré, est déclarée nulle et de nul effet. Néanmoins, lorsque l'existence en sera constatée, il y aura lieu d'exiger, à titre d'amende, une somme triple du droit qui aurait eu lieu sur les sommes et valeurs ainsi stipulées. »

On admet généralement que la pénalité civile édictée par le premier alinéa de ce texte a été abrogée implicitement par l'article 1321 du Code civil et que les contre-lettres contenant des dissimulations de prix ne sont pas nulles.

Quant à la sanction pénale qui consiste dans le paiement d'une somme triple du droit qui aurait été perçu sur les valeurs énoncées dans la contre-lettre, elle subsiste encore. Les pénalités édictées par l'article 40 al. 2 que

nous venons de transcrire seront encourues lorsqu'un acte sous signatures privées contenant obligation par l'acquéreur de payer au vendeur un prix supérieur à celui stipulé dans l'acte ostensible sera parvenu légalement, sans manœuvres illicites, entre les mains de l'administration.

Pour que l'article 40 al. 2 de la loi de frimaire puisse recevoir son application, il est nécessaire qu'il existe un acte écrit et secret ; il faut en outre que cet acte ait été contemporain du contrat principal. Il s'ensuit que si, après l'enregistrement du contrat de vente, les parties reconnaissent par un acte séparé que le vendeur a reçu un supplément de prix, cette déclaration concertée entre le vendeur et l'acheteur pourra bien motiver la perception du droit simple, puisqu'elle sert de titre aux parties et complète le contrat antérieur, mais aucun droit en sus ne sera exigible. Il en sera ainsi notamment lorsque l'augmentation de prix aura été constatée par acte public.

Observons qu'en dehors du cas où les parties auront reconnu, par une déclaration *authentique*, que le **prix** n'a pas été exprimé exactement dans le contrat principal, il leur sera bien difficile de prouver que la contre-lettre n'est pas contemporaine de l'acte primitif et, par suite, d'échapper à l'application de l'article 40-2° de la loi de frimaire. L'administration est en effet un tiers pour le recouvrement de l'impôt ; la date de la contre-lettre ne lui sera donc opposable que dans les cas où elle sera devenue certaine par l'une des causes qu'indique l'article 1328 C. Civ.

Enfin, pour tomber sous l'application de l'article 40-2° de la loi de frimaire, l'acte doit contenir l'engagement par l'acquéreur de payer au vendeur un prix supérieur à celui stipulé dans le contrat principal. Notre texte ne vise donc pas la contre-lettre rédigée pour prouver par exemple que

la vente qui paraît avoir eu lieu entre les parties n'est pas sérieuse, qu'elle n'est qu'un acte apparent, ou qu'elle masque une autre convention.

La loi de frimaire n'atteignait que les contre-lettres. La loi du 23 août 1871 est venue la compléter en autorisant l'administration à prouver les dissimulations par la procédure de droit commun qu'elle organise dans son article 13 ; en outre, elle édicte des peines sévères contre les fraudeurs.

L'article 12 de cette dernière loi est ainsi conçu :

« Toute dissimulation dans le prix d'une vente et dans la soulte d'un échange ou d'un partage sera punie d'une amende égale au quart de la somme dissimulée et payée solidairement par les parties, sauf à la répartir entre elles par égale part. »

Cette disposition s'applique limitativement aux prix de ventes et aux soultes d'échanges ou de partages ; on ne pourrait donc pas l'étendre aux revenus ou au cas où le prix d'un bail, servant légalement de base à la perception de l'impôt, aurait été dissimulé dans la vue de diminuer une partie des droits à payer au Trésor.

En outre la loi de 1871, comme celle de frimaire an VII, ne vise que la dissimulation qui consiste à soustraire à l'impôt une partie de la valeur imposable ; elle ne concerne pas celle qui tend à faire appliquer à cette valeur un tarif inférieur à celui que comportaient les conventions réelles des parties contractantes, en déguisant, par exemple, une vente sous la forme d'un échange. Il n'existe dans notre législation aucune disposition pénale atteignant ce genre de fraude. L'administration ne peut, dans ce cas, que réclamer le complément du droit exigible ; ce complément n'est d'ailleurs soumis qu'à la prescription trentenaire, attendu que, par suite de la forme simulée dans laquelle ont été présentées les conventions des parties, le receveur

n'a pas été à même de percevoir, au moment de l'enregistrement, l'impôt auquel elles donnaient ouverture. Les droits en sus résultant de l'article 14 de la loi du 23 août 1871 se trouveraient seuls encourus si l'administration pouvait établir qu'en dehors de l'acte qui a été enregistré, les conventions des parties ont fait l'objet d'un autre acte qui a été soustrait à la formalité.

Enfin, il est admis par tous que, malgré la généralité de ses termes, l'article 12 transcrit plus haut ne concerne que les ventes, échanges ou partages *d'immeubles*.

La peine édictée par cet article est une amende égale au quart de la somme dissimulée. A cette amende il faut ajouter le double décime et demi, ce qui en porte actuellement le montant à plus de 30 pour cent. Elle est due solidairement par les parties, mais elles se divisent entre elles par égales parts. Il s'ensuit qu'en cas de décès de l'un des contractants elle s'éteint pour la fraction lui incombant dans le chiffre de cette amende (Sol. 31 juillet 1873, 17 mai 1876, 19 avril 1882, J. E. 22384).

Aux termes de l'art. 13 de la loi précitée « *la dissimulation peut être établie par tous les genres de preuve admis par le droit commun.* » La loi n'excepte de sa disposition que le serment décisive, c'est-à-dire celui qui est déféré directement par l'une des parties à l'autre. C'est là une dérogation considérable à la procédure spéciale tracée en matière d'enregistrement par les art. 64 et 65 de la loi de frimaire.

DES MUTATIONS SECRÈTES DE PROPRIÉTÉ OU D'USUFRUIT DES CONSTRUCTIONS.

En cas de mutation d'un *immeuble*, soit en *propriété*, soit en *usufruit*, l'impôt de l'enregistrement frappe la transmission elle-même et non l'écrit qui a pu être dressé pour la constater.

De cette règle il résulte que la transmission pouvant exister en dehors de toute espèce d'écrit, le droit proportionnel est exigible sans qu'il soit nécessaire qu'un acte établissant la mutation soit régulièrement porté à la connaissance de l'administration.

Ce principe remonte aux époques les plus éloignées de notre législation.

Dans l'ancienne jurisprudence, le droit était dû à raison de la mutation elle-même et non de l'acte la constatant. Aussi, pour assurer la perception des lods et ventes qui étaient les droits de mutation dus aux seigneurs féodaux, on obligeait le nouveau possesseur à présenter son titre d'acquisition ou à faire une déclaration. Le seigneur pouvait d'ailleurs prouver la mutation par différents moyens.

Plus tard les mêmes règles furent appliquées au droit de centième denier.

Les droits seigneuriaux et celui de centième denier furent abolis par la loi des 5-19 décembre 1790 qui leur substitua le droit d'enregistrement. Mais cette loi ayant une confiance aveugle dans la bonne foi des contribuables ne voulut pas supposer la fraude ; elle ne frappe que les actes.

Les mutations verbales n'étant pas atteintes par l'impôt, aucun moyen n'était réservé à l'Administration pour

arriver à leur découverte. Aussi la fraude se développa-t-elle dans des proportions considérables. Les parties se contentaient de conventions verbales ou bien elles faisaient des conventions écrites qu'elles ne produisaient pas. Enfin, quand un acte avait été dressé, on alléguait que la convention avait eu lieu verbalement.

En présence des pertes subies par le Trésor, il fallut revenir au principe ancien, à savoir que le droit est dû à raison de la mutation.

Ce retour fut consacré par la loi du 9 vendémiaire, an VI, dont l'art. 33 a été reproduit à peu près textuellement par l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an VII ainsi conçu :

« La mutation d'un immeuble en propriété ou en usufruit sera suffisamment établie, pour la demande du droit d'enregistrement et la poursuite du paiement contre le nouveau preneur, soit par l'inscription de son nom au rôle de la contribution foncière et des paiements par lui faits d'après ce rôle, soit par des baux par lui passés ou enfin par des transactions ou autres actes constatant sa propriété ou son usufruit. »

Malgré ce texte, dont la précision ne paraît cependant pas devoir laisser aucun doute sur la volonté du législateur d'atteindre toutes les mutations verbales d'immeubles, les tribunaux décidèrent à plusieurs reprises qu'à part les mutations formellement prévues par la loi, comme les successions, les autres transmissions n'étaient passibles du droit proportionnel de mutation que si elles avaient été constatées par écrit. Pour réclamer l'impôt, l'Administration devait donc non-seulement prouver l'existence des présomptions de l'art. 12 de la loi de frimaire, mais encore établir qu'un acte écrit avait été dressé.

Survint la loi du 27 ventôse an IX qui, par son article

4, supplée à l'absence d'un acte écrit au moyen d'une déclaration inscrite sur les registres du receveur de l'enregistrement.

Cet article 4 porte : « *Sont soumises aux dispositions des articles 22 et 38 de la loi du 22 frimaire les mutations entre vifs, de propriété ou d'usufruit de biens immeubles, lors même que les nouveaux possesseurs prétendraient qu'il n'existe pas de conventions écrites entre eux et les précédents propriétaires ou usufruitiers. A défaut d'actes, il y sera suppléé par des déclarations détaillées et estimatives, dans les trois mois de l'entrée en possession, à peine d'un droit en sus.* »

Ainsi le droit proportionnel atteint toute mutation, tout déplacement de la *propriété* immobilière et, pour l'Administration, qui n'a pas à s'enquérir des droits des parties, qui ne peut et ne doit s'attacher qu'aux apparences, le signe de la propriété c'est la *possession*. Il s'ensuit que, chaque fois qu'un immeuble change de *possesseur*, le droit proportionnel de mutation est exigible (art. 12 de la loi de frimaire et 4 de la loi de ventôse transcrits plus haut). Ce principe a été consacré par une jurisprudence constante.

Si la mutation a été constatée par écrit, l'acte qui a été dressé devra être enregistré dans les trois mois de sa date.

A défaut d'acte, le nouveau possesseur doit faire une déclaration dans les trois mois de son entrée en *possession*.

Au cas où le prix énoncé par le déclarant paraît inférieur à la valeur vénale des immeubles faisant l'objet de la déclaration, l'Administration peut provoquer une expertise (Loi du 22 frimaire an VII, art. 17), dans le délai de deux ans puisqu'il n'y a pas d'acte.

Il semble résulter du dernier alinéa de l'art. 4 de la loi de ventôse que le droit proportionnel n'est exigible sur une mutation verbale d'immeuble que dans le cas où elle a été exécutée par la *mise en possession* de l'acquéreur ; mais alors la loi fiscale ne serait plus en harmonie avec notre législation civile actuelle.

En effet, d'après les art. 1138 et 1583 C. civ., l'acheteur, au moins dans ses rapports avec le vendeur, devient, par le seul effet du consentement, propriétaire de la chose vendue. Mais, à l'époque où est intervenue la loi du 27 ventôse an IX, le changement dans les principes relatifs au transport de la propriété n'avait pas encore été fait.

Faut-il induire de la règle nouvelle posée par les art. 1138 et 1583 que l'Administration soit autorisée à réclamer le droit en sus édicté par l'art. 4 de la loi de ventôse, indépendamment de toute entrée en possession de l'acquéreur, lorsque la convention verbale n'a pas été déclarée dans les 3 mois de sa date ?

Sous l'influence de son illustre procureur général Merlin, la Cour de cassation avait décidé tout d'abord (arrêt du 3 septembre 1806) que l'innovation consacrée par les art. 1138 et 1583 du C. civ. ne pouvait avoir aucune influence sur le principe posé dans les art. 12 de la loi de frimaire et 4 de la loi de ventôse.

Mais depuis elle a modifié sa jurisprudence ; elle juge actuellement que la *mise en possession* de l'acquéreur n'est pas nécessaire et que, si une mutation d'immeuble est prouvée, le droit proportionnel est exigible indépendamment de toute entrée en possession de l'acquéreur (21 janvier 1878, Rép. pér. 4879). « Toute mutation, lit-on dans un arrêt du 6 mai 1872 (Sir. 72, 1, 246. — Rép. pér. 3416. — Inst. 2447-5), de propriété ou d'usufruit, c'est-à-dire tout passage de la propriété d'une tête sur une autre, doit, à peine d'un double droit, être enregistrée dans un délai

délai déterminé, soit qu'il existe un acte, soit qu'il n'en existe point, ou que l'acte intervenu ne soit pas représenté. »

D'après la Cour suprême, la loi fiscale doit être appliquée selon les principes de la loi civile; il ne saurait y avoir antinomie entre les deux législations. Or, si on ne peut dire que l'acquéreur a été mis en possession dès l'instant du contrat, on ne peut cependant nier qu'il ait un droit acquis à la possession.

Ce système, qui a le mérite de supprimer toute contradiction entre l'art. 4 de la loi de ventôse et les art. 1138 et 1583 du Code civil, présente en outre certains avantages pratiques.

Cependant nous doutons, avec d'excellents esprits, qu'en réformant sa jurisprudence sur ce point, la Cour de cassation l'ait améliorée.

Il est incontestable en effet que la loi fiscale, qui n'est en définitive qu'un tarif, doit être appliquée d'après les principes du droit civil; ainsi, lorsqu'une loi crée des immeubles fictifs, on devra à coup sûr assujettir au tarif des mutations immobilières les transmissions dont ils seront l'objet. Mais, dans notre espèce, la Cour suprême semble avoir excédé ses pouvoirs, car il s'agissait d'interpréter un texte de loi fiscale et de plus un texte édictant une pénalité.

L'art. 4 de la loi du 27 ventôse an IX dispose simplement qu'à défaut de conventions écrites il y sera suppléé par une déclaration dans les trois mois de l'*entrée en possession*.

Il ne s'occupe donc nullement de la question de savoir quand il y a mutation. Les rédacteurs de ce texte ont certainement attribué une importance capitale à la *mise en possession* de l'acquéreur; il n'impose en effet l'obligation de déclarer les mutations verbales, à peine d'un droit en sus, que dans les trois mois de l'*entrée en possession*;

or les pénalités sont de droit étroit et doivent recevoir l'interprétation restrictive.

Mais, dit la Cour de cassation, le contrat donne à l'acquéreur le droit à la possession puisque, dès l'instant où il est parfait, l'acquéreur est propriétaire.

Nous répondrons que le droit à la possession et la possession elle-même sont deux choses différentes ; l'un est droit, *res juris* ; l'autre est fait, *res facti*.

On peut regretter que l'art. 4 de la loi du 27 ventôse an IX ne soit pas en harmonie avec les principes de notre droit civil actuel ; mais ce n'est ni à l'interprète, ni au juge qu'il appartient de réformer l'œuvre du législateur.

En pratique d'ailleurs, la *mise en possession* de l'acquéreur sera le plus souvent l'élément indispensable pour arriver à établir la mutation d'un immeuble.

Quels moyens la loi a-t-elle mis à la disposition de l'Administration pour prouver l'existence d'une mutation immobilière ?

On ne pouvait évidemment pas la mettre dans la nécessité d'établir le fait juridique lui-même, car c'eût été retomber, au moins en partie, dans les errements antérieurs signalés tout à l'heure et favoriser la fraude. L'article 12 de la loi de frimaire dont nous avons transcrit le texte plus haut complète à cet égard l'article 4 de la loi du 27 ventôse an IX ; il établit des présomptions qui permettent à l'Administration de faire la preuve d'une mutation secrète d'un immeuble.

Ces présomptions se divisent en deux catégories : les premières résultent de ce fait que le nouveau possesseur a été inscrit au rôle de la contribution foncière et a fait des paiements d'après ce rôle ; les autres s'induisent de tout acte, quelle qu'en soit la nature, que le nouveau possesseur ne pouvait faire qu'en qualité de propriétaire ou d'usufruitier ; tel serait un bail, ou la vente des récol-

tes provenant de l'immeuble ; telle serait une transaction ; il en sera de même si le nouveau possesseur hypothèque l'immeuble ou le partage. Mais alors l'Administration ne peut poursuivre le recouvrement des droits qu'autant qu'elle établit l'existence d'un écrit, d'un *instrumentum*, dans lequel le nouveau possesseur a agi en qualité de propriétaire ou d'usufruitier de l'immeuble.

Au surplus il faut, dans tous les cas, que la Régie prouve que celui contre lequel elle dirige l'action en paiement des droits est un nouveau possesseur de l'immeuble, c'est-à-dire non pas qu'il le possède depuis une date récente, mais qu'il le possède en vertu d'une convention qui lui en a transféré la propriété ou l'usufruit. En d'autres termes, l'Administration est tenue de prouver qu'il y a eu un aliénateur, de démontrer que le propriétaire apparent a succédé à un autre, car la loi laisse incontestablement hors de sa sphère d'application les cas où la propriété réside sur la tête d'une personne sans qu'il y ait eu dévolution de droit : telle serait l'hypothèse un peu chimérique, du moins en France, de l'occupation, et celle plus pratique d'une prescription immobilière sans juste titre ni bonne foi. Supposons encore la location d'un terrain à bâtir ; une personne donne à bail un sol nu à charge par le preneur d'un loyer minime, mais avec l'obligation d'établir sur le fonds loué des constructions dont il aura, pendant le cours du bail, la propriété pleine et entière. Le locataire élève des bâtiments ; il est imposé comme propriétaire foncier de ces édifices. Il est incontestable que, dans ce cas, l'Administration ne pourra pas exiger le droit proportionnel, car les constructions n'ont pas eu de précédent propriétaire, et l'impôt de mutation ne saurait être dû là où il n'y a pas eu mutation.

Supposons que l'Administration ait fait, conformément à l'article 12 de la loi du 22 frimaire an VII, la preuve d'une

mutation secrète d'un immeuble. Les parties sont-elles reçues à administrer la preuve contraire ? L'affirmative est généralement admise en doctrine et en jurisprudence ; c'est en effet le droit commun, car les présomptions de l'article 12 de la loi de frimaire sont des présomptions *juris tantum*, et non des présomptions *juris et de jure* sur le fondement desquelles la loi dénie l'action en justice ou annule un acte (art. 1352 C. Civ.).

Mais les parties ne pourraient fournir la preuve contraire ni par témoins, ni encore par serment, ces moyens de preuve étant incompatibles avec la procédure tracée par les articles 64 et 65 de la loi de frimaire ; elles ne pourraient non plus, pour le même motif, demander une enquête (Lunéville, 4 décembre 1890 — Journ. de l'Enreg., art. 23707).

Nous estimons d'ailleurs que les présomptions de l'article 12 de la loi de frimaire peuvent être combattues au moyen des simples présomptions de l'article 1353 C. Civ.

On objecte que les présomptions légales ont un caractère de probabilité que ne présentent pas les présomptions simples. Nous répondrons qu'en droit civil les présomptions *juris tantum* admettent la preuve contraire et que cette preuve peut être fournie par tous les moyens, même par des présomptions de fait. Pourquoi admettrait-on d'autres règles en matière d'enregistrement ? On n'en voit aucun motif.

On dit encore : le juge ne doit admettre les présomptions de fait que dans le cas où la loi admet la preuve testimoniale (art. 1353) ; or, ici la preuve testimoniale est interdite.

Nous pensons qu'on donne à l'art. 1353 une portée exagérée. En effet, il est de principe qu'en matière excédant 150 francs, la preuve par témoins et par suite les présomptions (arg. art. 1353) ne sont pas admises, les parties

ayant dû passer acte de leur convention (art. 1341). Mais, si elles ont été dans l'impossibilité de se réserver la preuve littérale, elles peuvent recourir à la preuve testimoniale qui donne passage aux simples présomptions, à moins qu'une raison de fait ou de droit ne s'y oppose. Or, ici la loi n'a répudié que la preuve testimoniale ; c'est ce qui résulte implicitement, mais néanmoins très-formellement, de la procédure spéciale qu'elle a prescrite en matière d'enregistrement ; la preuve contraire pourra donc être faite au moyen des présomptions simples que la loi n'a pas écartées.

Supposons que l'Administration ait fourni la preuve de la mutation secrète d'un immeuble ; elle est incontestablement fondée à exiger un droit proportionnel. Mais quel droit pourra-t-elle réclamer ? Sera-ce le droit de vente, ou celui d'échange, ou encore de donation, dont les taux sont différents ?

Il résulte de l'art. 4 de la loi du 27 ventôse an IX que l'Administration est tenue de prendre pour base de la liquidation et de la perception des droits la déclaration émanée des parties. Si cette déclaration n'est pas faite, elle doit la provoquer. Dans le cas où les parties se refusent à la souscrire, l'Administration peut fixer elle-même, déterminer la nature de la mutation et réclamer les droits qu'elle a provisoirement liquidés.

Si la mutation a eu lieu à titre gratuit, on objectera peut-être qu'en droit civil la donation étant un contrat solennel, une transmission verbale d'immeuble à titre gratuit est nulle, même inexistante (arg. art. 931 C. civ.).

La réponse serait que la nullité la plus radicale, l'inexistence d'un contrat, ne met pas obstacle à la perception du droit dont il est passible d'après sa nature.

Nous dirons enfin que la non-représentation d'un acte ne prouve nullement qu'il n'en existe pas. En fait, les mutations verbales d'immeubles sont rares.

Nous avons vu tout à l'heure que les parties sont admises à fournir la preuve contraire. Comment pourront-elles la faire ?

Ainsi un fermier est chargé par le bail d'acquitter la contribution foncière du fonds affermé. Il a été porté indûment sur le rôle comme propriétaire et effectue des paiements d'après ce rôle, croyant les faire conformément à son bail. Si on lui réclame le droit de mutation en vertu de l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an VII, comment pourra-t-il établir qu'il a payé l'impôt foncier en qualité de preneur et non de propriétaire ?

Ou bien encore plusieurs héritiers ont recueilli une même succession. Un seul d'entre eux est majeur et administre, au nom de tous, les biens indivis ; il paie la contribution foncière. Par quels moyens pourra-t-il combattre la présomption légale qui milite à son encontre, au cas où la Régie prétendrait exiger de lui le paiement du droit proportionnel ?

La question de l'administration de la preuve contraire est du domaine du juge du fait. Les décisions rendues à ce sujet sont des décisions d'espèces. Dans le silence des textes, il faut se référer aux principes généraux et dire que cette preuve se fera par tous les moyens compatibles avec la procédure tracée par les art. 64 et 65 de la loi de frimaire, notamment par des actes authentiques ou sous signatures privées ayant acquis date certaine, antérieurement à la mutation présumée, par l'un des trois modes indiqués en l'art. 1328 C. c. ; de tels actes ne sauraient en effet être l'œuvre de la fraude.

On dira peut-être qu'aux termes de l'art. 1165 C. civ., les conventions n'ont d'effet qu'entre ceux qui ont consenti et que, par suite, on ne peut opposer à l'Administration un acte auquel elle n'a pas participé. Notre réponse serait que la Régie, quand elle se fonde sur les présomp-

tions simples de l'art. 1353 pour réclamer les droits de mutation invoque une convention à laquelle elle a été incontestablement étrangère ; il est donc de toute équité qu'on puisse lui opposer des actes où elle n'a pas été partie contractante. En outre, l'art. 1165 n'est point absolu ; comme toute règle en général, il a ses exceptions ; ainsi la convention translatrice de la propriété d'objets mobiliers corporels est opposable à tous.

Nous savons que toutes les constructions, même celles édifiées par un non-propriétaire sur le terrain d'autrui, ont le caractère immobilier, dès qu'elles présentent cette condition d'adhérence physique qui en fait désormais une dépendance accessoire du sol (art. 518). Toutes les présomptions légales de propriété concernant les immeubles ordinaires s'appliqueront donc aux constructions.

Ainsi il a été jugé que lorsqu'un locataire qui a élevé des constructions sur le terrain loué par lui donne ces constructions en hypothèque, il est tenu de faire une déclaration de mutation et d'acquitter le double droit sur la valeur des bâtiments, s'il ne prouve pas par un titre régulier qu'il avait le droit de bâtir sur ledit terrain (Courtrai 15 juillet 1869, J. E. belge 10976).

APPENDICE.

De la Transcription.

La transcription est, comme chacun sait, une formalité qui consiste à copier en entier tous les actes translatifs de la propriété d'immeubles ou de droits réels immobiliers et aussi ceux que la loi du 23 mars 1855 y a expressément soumis sur un registre spécial tenu au bureau des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés.

La loi du 23 mars 1855 vise seulement les aliénations d'immeubles à titre onéreux qui, depuis cette loi, ne deviennent efficaces à l'égard des tiers que par la transcription.

Quant aux donations entre-vifs d'immeubles susceptibles d'hypothèques, comme le sont les constructions (art. 518 et 2118 C. c.), elles sont soumises à la formalité de la transcription par l'article 939 du Code civil aux dispositions duquel la loi du 23 mars 1855 n'a pas dérogé (art. 11 al. final de cette loi).

Outre que la transcription est nécessaire pour rendre l'acquéreur à titre gratuit d'un immeuble aussi bien que l'acquéreur à titre onéreux propriétaire *ergà omnes*, cette formalité est indispensable lorsque le nouveau propriétaire veut procéder à la purge de toutes les inscriptions de privilèges et d'hypothèques qui peuvent grever l'immeuble par lui acquis ; elle a aussi pour résultat d'empêcher l'effet de celles qui pourraient survenir après qu'elle a été effectuée ; enfin elle assure au vendeur à qui le prix

de vente est dû, en tout ou en partie, la conservation du droit de préférence résultant de son privilège.

Ainsi que nous l'avons déjà observé, parmi les questions relatives aux constructions élevées par un non-propriétaire sur le terrain d'autrui, celles qui concernent le locataire ayant bâti sur le fonds loué sont de beaucoup les plus importantes et les plus fréquentes dans la pratique. C'est pourquoi, dans les développements qui vont suivre, nous aurons le preneur particulièrement en vue.

Aux termes de l'article 2 — 4^o de la loi du 23 mars 1855, sont soumis à la formalité de la transcription « *les baux d'une durée de plus de dix-huit ans.* »

La dispense de publicité comprend donc le bail de dix-huit ans; c'est seulement lorsque cette durée est dépassée que commence l'obligation de transcrire.

Aucune loi spéciale n'ayant encore déterminé les droits à percevoir, la transcription des baux d'immeubles d'une durée de plus de dix-huit ans ne donne ouverture qu'au droit fixe de 1 fr., en exécution de l'article 12 de la loi de 1855.

Comme l'emphytéote a, selon la jurisprudence, un droit réel sur le fonds qui lui est concédé, la faculté de disposer de tout ce qu'il possède par échange, vente, donation, et par affectation hypothécaire, il en résulte que le bail emphytéotique est, ainsi que nous en avons d'ailleurs fait déjà la remarque, de nature à être transcrit (Cass. 19 juillet 1832, S. 32, 1, 651).

Supposons le preneur propriétaire des constructions par lui créées, soit parce que le bail se tait, soit parce qu'une convention postérieure au contrat de louage, mais antérieure à l'édification des bâtiments, lui en a attribué la propriété; il y a eu, dans ces hypothèses, renonciation implicite ou expresse du bailleur à son droit d'accession. Nous avons établi dans la deuxième partie de notre tra-

vail que le droit de propriété du locataire sur les constructions par lui élevées est un droit immobilier. Ce droit sera opposable aux tiers indépendamment de la transcription soit du bail, soit de la convention intervenue postérieurement à ce contrat.

En effet, la loi du 23 mars 1855 ne s'applique qu'aux actes « *translatifs* », aux transmissions à titre onéreux ; elle ne vise donc que les modes d'acquisition dérivés, c'est-à-dire ceux par lesquels une personne acquiert la propriété d'une chose qui appartenait auparavant à une autre. Quant aux modes d'acquisition originaires, en vertu desquels la propriété d'une chose repose sur la tête d'une personne sans que le droit lui ait été transmis, la loi de 1855 ne s'en occupe pas ; telle serait par exemple l'hypothèse de l'occupation ; tel est aussi le cas d'une prescription immobilière sans juste titre ni bonne foi.

Si un tiers possesseur a construit sur le fonds d'autrui, le droit du maître du sol qui s'étend à tous les accessoires de sa chose (art. 546 C. C.) et en vertu duquel il acquiert la propriété des bâtiments élevés sur son terrain (art. 552-553 C. C.), ne s'est exercé qu'au moment où l'incorporation des matériaux dans le sol s'est réalisée. Jusque-là le droit d'accession n'est pas un droit de propriété ; il n'est qu'un des attributs, une des conséquences de la propriété du terrain, une qualité inhérente au fonds. Il s'ensuit que la renonciation à ce droit par le propriétaire du sol n'est pas translatrice, mais simplement extinctive. Si donc elle a été consentie soit expressément, soit implicitement, le preneur devient propriétaire des constructions qu'il a édifiées, non pas comme ayant-cause du bailleur, mais à titre originaire, d'où cette conséquence que la transcription soit du bail, si sa durée est inférieure à dix-huit ans, soit de la renonciation par le bailleur à son droit d'accession, n'est pas nécessaire.

Mais, en l'absence de la transcription, la convention, postérieure au bail, par laquelle le locateur aurait renoncé au bénéfice de l'accession, ne serait opposable aux tiers qu'autant qu'elle aurait acquis date certaine conformément à l'art. 1328 C. C., antérieurement à la création des bâtiments. Dans le cas contraire, ce serait au bail qu'il faudrait recourir pour déterminer le sort de ces bâtiments et les droits des parties sur eux.

Une fois les constructions établies et incorporées au sol, que le bailleur en soit propriétaire, ou que ce soit au contraire le preneur, on se trouve en présence d'une propriété superficielle. Dès lors, tout changement dans la situation juridique des parties qui affectera la propriété des édifices élevés par le preneur sera translatif et tombera par conséquent sous l'application de la loi du 23 mars 1855.

Quelle solution donnerons-nous si le droit du preneur vient à cesser non par l'effet d'une convention, mais par suite soit de la résolution du bail, soit de sa résiliation ? — Au cas de résolution forcée, par application de l'article 1184, le bailleur se trouve propriétaire de la construction, *ex causâ antiquâ*, par voie d'accession. Il n'y a pas dévolution ; la formalité de la transcription ne sera donc pas nécessaire.

Toutefois, si la résolution porte sur un bail de plus de dix-huit ans qui a été transcrit, le jugement la prononçant devra « *dans le mois à dater du jour où il aura acquis l'autorité de la chose jugée être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre* » (loi du 23 mars 1855, art. 4).

La sanction de cette disposition consiste uniquement dans une amende de cent francs prononcée par le même article 4 contre l'avoué qui a obtenu le jugement et qui a négligé de faire opérer la mention dont il s'agit.

Nous donnerons une solution semblable au cas où,

d'après les clauses du contrat, le bail serait résolu de plein droit et sans jugement, par le seul fait de l'inexécution par le preneur des obligations qui lui étaient imposées.

Que déciderons-nous au cas de résolution *amiable* du bail ?

Dans cette hypothèse, le bailleur devient l'ayant-cause du preneur quant aux constructions édifiées par celui-ci sur le fonds loué. Les droits réels dont le locataire les aura grevées survivront donc à la fin anticipée du bail et seront opposables au maître du sol jusqu'au terme normal du contrat.

Mais, si le preneur est propriétaire des constructions, c'est en vertu du bail. Il en résulte que le contrat de location cessant de produire ses effets, les droits du fermier sont éteints pour l'avenir. Aucune disposition législative n'impose, à la vérité, l'obligation de faire transcrire la résiliation d'un bail. Néanmoins, le bailleur peut avoir intérêt à remplir la formalité de la transcription, car les droits consentis par le locataire avant la résiliation étant maintenus jusqu'au terme fixé par le contrat de louage, cette formalité opérée de son chef empêchera toutes transcriptions, toutes inscriptions de privilèges ou d'hypothèques de la part des ayants-cause du preneur.

Si, pendant le cours du bail, le locataire consent sur les bâtiments élevés par lui des droits réels auxquels la loi du 23 mars 1855 est applicable, les conventions qui en constateront la constitution ou les jugements qui en déclareront l'existence en vertu d'une convention verbale devront être transcrits (art. 1 — 1^o, 2^o et 3^o de la loi du 23 mars 1855).

Au cas où le bailleur qui n'a pas renoncé au bénéfice de l'accession vient à transmettre soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, la propriété des constructions élevées par le preneur, l'acte devra être transcrit conformément aux

dispositions soit de l'article 1^{er} de la loi de 1855, soit de l'article 939 C. civ.

Enfin, dans le cas où la propriété des édifices lui appartient sous condition suspensive seulement, la cession qu'il consentirait de son droit éventuel devrait être transcrite.

Nous terminerons cette étude en observant que la transcription de tout acte, translatif ou non de propriété immobilière, donne toujours lieu à la perception, au profit du Trésor, du droit proportionnel de 1 fr. 50 0/0 établi par l'article 25 de la loi du 21 ventôse au VII (Cass. 20 novembre 1861, 27 juillet 1863, — 6 décembre 1864, — 12 mai 1891, — Inst. gén. 2223 § 6, 2274 § 8, 2324 § 4, 2807 § 9).

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. — A l'époque classique, le possesseur de bonne foi fait siens tous les fruits, sans distinction entre les fruits *existants* et les fruits *consommés*.

II. — La violence dans les contrats de bonne foi vicie mais n'annule pas le consentement.

III. — L'action *quod metus causa* est antérieure à l'*in integrum restitutio ob metum*.

IV. — L'exception *quod metus causa* peut être opposée à toute personne, même dans le cas où la violence a été exercée à l'insu de la personne avec laquelle on a contracté.

DROIT FRANÇAIS.

DROIT CIVIL.

I. — La créance qui correspond à l'obligation de construire un bâtiment est purement mobilière.

II. — Le contrat d'emphytéose n'engendre plus de droit réel, dans notre législation actuelle.

III. — Lorsque le mari a établi un édifice sur un terrain à lui propre avec des deniers puisés dans la communauté, récompense n'est due par lui que jusqu'à concurrence de ce dont son fonds se trouve amélioré.

IV. — Le père ou la mère qui a fait une donation à son enfant naturel dont la filiation a été légalement constatée n'a pas le droit, en cas de prédécès de celui-ci sans postérité, de reprendre le bien donné qui se retrouve en nature dans la succession.

V. — L'ascendant donateur ne reprend pas dans la succession du donataire le bien acquis par ce dernier en échange du bien donné.

VI. — Il ne peut, lorsque la donation porte sur une somme d'argent, exercer son droit de retour indistinctement sur l'argent qui se trouve dans la succession.

VII. — Les descendants des frères et sœurs légitimes prédécédés jouissent du droit de retour successoral établi par l'article 766.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Les ministres sont juges de droit commun en matière contentieuse.

II. — Le lit des rivières qui ne sont ni navigables ni flottables appartient aux propriétaires riverains.

HISTOIRE DU DROIT.

I. — Les établissements de Saint-Louis ne sont pas une œuvre officielle.

DROIT FISCAL.

I. — La transaction est simplement *déclarative* ou *récognitive* et non *translative* des droits faisant l'objet du différend au sujet duquel elle est intervenue ; en conséquence, elle donne lieu à la perception du droit *fixe* de

4 fr. 50 Lois des 22 frimaire an VII art. 68 § 1 n° 45, 28 avril 1816 art. 44-8°, 28 février 1872 art. 4) et non d'un droit *proportionnel* de mutation, lorsque d'ailleurs elle ne comprend aucune chose étrangère à la contestation et que l'une des parties s'obligerait à donner à l'autre.

II. — Lorsque, comme charge de son legs, le légataire principal est tenu d'abandonner sa propre chose, par exemple un immeuble lui appartenant, à un tiers désigné par le testament, l'abandon ainsi consenti en exécution de cette clause constitue une simple délivrance de legs et non une transmission à titre onéreux passible du droit proportionnel.

Vu :

Nancy, le 2 janvier 1894.

Le Doyen,

E. LEDERLIN.

Vu :

Nancy, le 2 janvier 1894.

Le Président de la thèse,

E. BINET.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 2 janvier 1894.

Le Recteur de l'Académie de Nancy,

A. GASQUET.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE. — DROIT ROMAIN.

1^o PARTIE GÉNÉRALE.

Du principe : Omne quod solo inœdificatur, solo cedit. 1

2^o PARTIE SPÉCIALE.

CHAPITRE PREMIER. — Des constructions élevées par un co-propriétaire ou un coassocié.	13
CHAPITRE II. — Des constructions élevées par un propriétaire sous condition résolutoire.	16
CHAPITRE III. — Des constructions élevées par un possesseur de bonne foi.	18
CHAPITRE IV. — Des constructions élevées par un possesseur de mauvaise foi.	32
CHAPITRE V. — Des constructions élevées par un usufruitier .	37
CHAPITRE VI. — Des constructions élevées par un locataire, un emphytéote et un superficiaire.	39
CHAPITRE VII. — Des constructions élevées par un commodataire, un précariste, un gagiste, un antichrésiste	43
CHAPITRE VIII. — Des constructions élevées par divers mandataires	45
CHAPITRE IX. — Des constructions élevées par un gérant d'affaires	48

DEUXIÈME PARTIE. — DROIT CIVIL FRANÇAIS.

1^o PRINCIPES GÉNÉRAUX.

CHAPITRE PREMIER. — Du caractère immobilier des constructions élevées sur le terrain d'autrui	51
CHAPITRE II. — De la règle : Qui a le sol a les bâtiments . . .	65
CHAPITRE III. — Exceptions au principe « qui a le sol a les bâtiments. » Du droit de superficie	80
CHAPITRE IV. — Principes communs aux différents constructeurs sur le terrain d'autrui	88

2^o PARTIE SPÉCIALE.

CHAPITRE PREMIER. — Des constructions élevées par des copropriétaires	95
CHAPITRE II. — Des constructions élevées par des propriétaires sous condition résolutoire et sous condition suspensive	100
Section I. — Du propriétaire sous condition résolutoire	100
Section II. — Du propriétaire sous condition suspensive	111
CHAPITRE III. — Des constructions élevées par un possesseur de mauvaise foi	113
CHAPITRE IV. — Des constructions élevées par un possesseur de bonne foi	131
CHAPITRE V. — Des constructions élevées par un usufruitier .	142
CHAPITRE VI. — Des constructions élevées par un preneur . .	154
CHAPITRE VII. — Des constructions élevées par un emprunteur à usage	190
CHAPITRE VIII. — Des constructions élevées par un antichrésiste	192

CHAPITRE IX. — Des constructions élevées par divers mandataires	195
Section I. — Des constructions élevées par un mandataire muni d'un pouvoir spécial à l'effet de bâtir.	195
Section II. — Des constructions élevées par un entrepreneur ou un architecte	197
Section III. — Des constructions élevées par un mandataire investi d'un pouvoir conçu en termes généraux	198
Section IV. — Des constructions élevées par un mandataire dont les pouvoirs sont restreints aux actes d'administration.	199
Section V. — Des constructions élevées par le tuteur.	200
Section VI. — Des constructions élevées par le père administrateur des biens de son enfant mineur	205
Section VII. — Des constructions élevées par le mari pour les divers régimes.	207
CHAPITRE X. — Des constructions élevées par un gérant d'affaires	221
APPENDICE I. — Des constructions élevées sur une dépendance du domaine public	225
APPENDICE II. — Des constructions établies avec anticipation sur le terrain d'autrui.	234

TROISIÈME PARTIE. — DROIT FISCAL.

1^o PRINCIPES GÉNÉRAUX.

2^o PARTIE SPÉCIALE.

Des constructions élevées par un preneur	245
§ 1 ^{er} . De l'enregistrement du bail	248
§ 2. Des cessions ou conventions intervenues pendant le cours du bail	253
§ 3. Des conventions lors de l'expiration du bail	265
§ 4. De la résolution du bail	268

Des transmissions à titre gratuit	270
Des transmissions d'usufruit	274
Des transmissions de jouissance.	290
Du bail emphytéotique	300
Des constructions élevées par l'usufruitier	304
Des constructions élevées par un copropriétaire	306
Des constructions élevées par un propriétaire sous condition résolutoire	307
De l'insuffisance et de la dissimulation de prix	309
Des mutations secrètes de propriété ou d'usufruit des cons- tructions	314
APPENDICE. — De la transcription	325
POSITIONS.	331

NANCY, IMPRIMERIE A. NICOLLE, 25, RUE DE LA PÉPINIÈRE.
